

Libro Homenaje
al Profesor
Javier de Vicente Remesal
por su 70.º aniversario

Marta García Mosquera, Virxilio Rodríguez Vázquez,
Miguel Díaz y García Conlledo, Diego-M. Luzón Peña (Directores)



Derecho Público



FUNDACIÓN INTERNACIONAL DE CIENCIAS PENALES

LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR
JAVIER DE VICENTE REMESAL
POR SU 70.º ANIVERSARIO

CONSEJO ASESOR DE LA COLECCIÓN DE DERECHO PÚBLICO

Directora

Yolanda Gómez Sánchez

Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Educación a Distancia,
Catedrática Jean Monnet de la Unión Europea

Eugeni Gay Montalvo, abogado.

Elisa Pérez Vera, Catedrática de Derecho Internacional Privado de la UNED.

Manuel Aragón Reyes, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid.

Vicente Gimeno Sendra, Catedrático de Derecho Procesal de la UNED.

Doctora Tania Groppi, Catedrática de Derecho Público de la Universidad de Siena.

Doctor Nuno Piçarra, professor of EU Justice and Home Affairs Law de la Nova Universidad de Lisboa.

Enrique Arnaldo Alcubilla, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos.

Francisco Balaguer Callejón, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada y Catedrático Jean Monnet, *ad personam*, de la UE.

Teresa Freixes Sanjuán, Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Barcelona y Catedrática Jean Monnet, *ad personam*, de la UE.

José María Gil-Robles Gil-Delgado, Catedrático Jean Monnet, *ad personam*, de la UE y Presidente de la Fundación “Jean Monnet pour l’Europe”.

Miguel Recuerda Girela, profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada.

Juan Damián Moreno, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Madrid.

Fernando Martín Díz, profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca.

María José Ciáurriz Labiano, Catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado de la UNED.

Carlos Fernández de Casadevante Romani, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

Miguel Ángel Collado Yurrita, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario y Rector de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Diego Manuel Luzón Peña, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares.

Emilio Jiménez Aparicio, abogado.

José Suay Rincón, Catedrático de Derecho Administrativo y Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

Antonio Torres del Moral, Catedrático Emérito de Derecho Constitucional de la UNED.

Andrés Betancor Rodríguez, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.

**LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR
JAVIER DE VICENTE REMESAL
POR SU 70.º ANIVERSARIO**

MARTA GARCÍA MOSQUERA,
VIRXILIO RODRÍGUEZ VÁZQUEZ,
MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO,
DIEGO-M. LUZÓN PEÑA
(DIRECTORES)



AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
FUNDACIÓN INTERNACIONAL DE CIENCIAS PENALES
MADRID, 2024

Primera edición: julio de 2024.

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

- © De los contenidos, sus autores.
- © Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado y Fundación Internacional de Ciencias Penales para esta edición.



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons-Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional-CC BY-NC-ND 4.0

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO: 144-24-176-8 (edición en papel)
144-24-177-3 (edición en línea, PDF)
144-24-178-9 (edición en línea, ePUB)

ISBN: 978-84-340-2999-6

Depósito legal: M-15703-2024

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid



ÍNDICE

	Páginas
PRÓLOGO Y SEMBLANZA DEL HOMENAJEADO	17
I. Cuestiones generales, introducción al Derecho Penal y política criminal	25
Capítulo I. Los criterios que aporta la STS 523/2023, de 29 de junio, para la aplicación de la LO 10/2022 como ley más favorable, Soledad Barber Burusco	27
Capítulo II. Cambio climático en el sistema penal español, José Ángel Brandariz	41
Capítulo III. ¿Justicia en igualdad o igualación contra justicia?, Benito de Castro Cid	55
Capítulo IV. ¿Fue la derogación de la sedición una amnistía encubierta? Sobre el derecho de gracia, la desaparición de la sedición y los condenados del procés, Patricia Faraldo Cabana	69
Capítulo V. Sobre límites constitucionales de la punición. A propósito de la Acórdão n.º 867/2021 del Tribunal Constitucional Portugués, Juan Antonio García Amado	83
Capítulo VI. A construção dos conceitos jurídico-penais entre legalidade e moralidade. A filosofia do direito por trás do sistema funcional de delito, Alaor Leite	95
Capítulo VII. De la responsabilidad penal de las personas jurídicas y algunas consideraciones específicas sobre las entidades deportivas, José Antonio Martínez Rodríguez	105

	Páginas
Capítulo VIII. Algunos criterios (y principios) de política criminal para la unificación de la legislación penal en México, Moisés Moreno Hernández	119
Capítulo IX. Jaspers revisitado. Prolegómenos sobre la responsabilidad en Derecho penal internacional, Carlos Pérez del Valle	133
Capítulo X. El saber jurídico penal en su relación con el mundo exterior. (Especial referencia a la obra del Dr. Javier de Vicente Remesal), Julio Rodríguez Berrizbeitia	145
Capítulo XI. Constitucionalización de la clemencia, Luis Rodríguez Ramos	157
Capítulo XII. El ciberespacio como lugar de comisión del delito: algunos conceptos básicos, Carlos María Romeo Casabona	173
Capítulo XIII. Sociedad líquida y Derecho penal, Raquel Roso Cañadillas	189
Capítulo XIV. ¡Malos tiempos para el Derecho penal...y para las libertades! (La Crisis de legitimación del Derecho penal actual), Juan Oberto Sotomayor Acosta	203
Capítulo XV. La dogmática frente a las leyes penales televirtuales, E. Raúl Zaffaroni	213
II. Derecho penal. parte general: teoría jurídica del delito	227
Capítulo XVI. Algunas ideas sobre el <i>compliance</i> en el marco de la discusión sobre la responsabilidad presuntamente penal de la persona jurídica, Alfredo Alpaca Pérez	229
Capítulo XVII. Delitos de preparación, peligro abstracto y bienes jurídicos. Especial referencia a los delitos contra la administración pública, Manuel A. Abanto Vásquez	239
Capítulo XVIII. Sobre el fundamento de la culpabilidad jurídica. Unas últimas reflexiones, Mercedes Alonso Álamo	255
Capítulo XIX. Consideraciones sobre los elementos subjetivos específicos de justificación, Diego Araque Moreno	269
Capítulo XX. Legítima defensa en el ámbito de la violencia de género: la necesidad racional del medio empleado, Manuel Aráuz Ulloa	281
Capítulo XXI. El favorecimiento al autor tras la consumación prometido antes de esta: ¿cooperación al delito o simple encubrimiento?, Isabel Durán Seco	295
Capítulo XXII. La accesoriedad de la participación, Juan Luis Fuentes Osorio	307
Capítulo XXIII. La relevancia penal del comportamiento postdelictivo, José Luis González Cussac/Caty Vidales Rodríguez	321
Capítulo XXIV. Tentativa e dolo eventual, Luís Greco	333

Capítulo XXV. La circunstancia atenuante del artículo 11, núm. 6, del Código Penal Chileno (irreprochable conducta anterior del imputado). ¿Debe suprimirse o mantenerse?, Carlos Künsemüller Loebenfelder	343
Capítulo XXVI. El consentimiento hipotético, una figura rechazable, Diego-M. Luzón Peña	353
Capítulo XXVII. De nuevo sobre el concepto de omisión en Derecho penal, Miguel Ángel Núñez Paz	377
Capítulo XXVIII. El peligro propio de los delitos de peligro concreto: una aproximación, Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz	387
Capítulo XXIX. Conocimiento doloso del hecho y elemento subjetivo del injusto, perfiles de su delimitación dogmática, Miguel Polaino Navarrete	401
Capítulo XXX. Algunos supuestos en los que el <i>compliance officer</i> (CO) incurre en responsabilidad penal omisiva, Guillermo Portilla Contreras	415
Capítulo XXXI. Veinticinco años de ignorancia deliberada: un análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Ramón Ragués i Vallès	425
Capítulo XXXII. Las contribuciones dogmáticas al Derecho Penal Médico del Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal, Virxilio Rodríguez Vázquez	437
Capítulo XXXIII. Delitos de posición, <i>extraneus</i> y art. 65.3 CP, Ricardo Robles Planas	455
Capítulo XXXIV. Lo objetivo y lo subjetivo en la exclusión de lo ilícito: las dificultades de las tesis tradicionales y las respuestas que (todavía) deben dar, Maximiliano Rusconi	469
Capítulo XXXV. El renovado interés del legislador por los comportamientos postdelictivos positivos, Pablo Sánchez-Ostiz	483
Capítulo XXXVI. ¿Hay algo nuevo en la dogmática de la imputación objetiva?, Bernd Schünemann	495
Capítulo XXXVII. La punibilidad y la teoría de las normas, Jesús-María Silva Sánchez	511
Capítulo XXXVIII. Una cuestión de vanidad: una linda sonrisa vs. la responsabilidad penal por imprudencia del médico anestesista, Geovana Andrea Vallejo Jiménez	521
Capítulo XXXIX. La teoría de la ignorancia deliberada o ceguera voluntaria, María Vázquez Iglesias	531
Capítulo XL. Tratamiento penal de la objeción de conciencia en el aborto por causas médicas, José-Zamyr Vega Gutiérrez	541
Capítulo XLI. El tiempo «de la reforma» tiene que llegar a su fin. A propósito de la nueva reforma en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotores, Rosario de Vicente Martínez	553

	Páginas
Capítulo XLII. Javier de Vicente Remesal y la FICP: un modelo para una ciencia hispano-alemana del Derecho penal de igual peso. A la vez: las capacidades especiales en el sistema del delito, Jürgen Wolter	567
III. Derecho penal. Parte general: consecuencias jurídicas del delito. Derecho penitenciario	583
Capítulo XLIII. La relevancia jurídico-penal de la ejecución de la pena de prisión: un criterio para la aplicación de garantías, Lorena Alemán Aróstegui	585
Capítulo XLIV. La relación jurídico-penitenciaria. Los derechos de los internos, Manuel Arias Carral	597
Capítulo XLV. La retroactividad del decomiso de ganancias del delito (incluso prescrito), Isidoro Blanco Cordero	609
Capítulo XLVI. El artículo 76 CP también limita el cumplimiento sucesivo de las penas privativas de derechos, Sergi Cardenal Montraveta	623
Capítulo XLVII. Justicia restaurativa y corrupción en ejecución de la pena: los programas PIDECO y de diálogos restaurativos, Paz Francés Lecumberri	635
Capítulo XLVIII. La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa: algunos problemas de su determinación y ejecución, Marta García Mosquera	647
Capítulo XLIX. Nuevas lecturas de Derecho penitenciario. Notas críticas, Carlos García Valdés	661
Capítulo L. La inhabilitación profesional como pena: un apunte, Ángel Sanz Morán	673
Capítulo LI. Reflexiones críticas sobre el régimen de cumplimiento de penas accesorias con otras penas principales de inhabilitación, Inma Valeije Álvarez	685
IV. Derecho penal. Parte especial	713
Capítulo LII. Blanqueo de monedas virtuales y criptoactivos en la UE desde las Directivas de 2018 hasta los Reglamentos de 2023, Miguel Abel Souto	715
Capítulo LIII. El delito de violación de topes o límites de gastos en las campañas electorales en Colombia, Juan Carlos Álvarez Álvarez	727
Capítulo LIV. El ánimo de lucro en el delito de malversación del artículo 432 CP, Deisy Janeth Barrientos Pérez	735

Capítulo LV. Algunas reflexiones acerca de la reforma de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, en relación con «las estafas», Ignacio F. Benítez Ortúzar	749
Capítulo LVI. Interrogantes en torno al nuevo delito de acoso sexual callejero, Carolina Bolea Bardon	763
Capítulo LVII. Se buscan cómplices para el tráfico de drogas, Juan Carlos Cantillo Arcón	775
Capítulo LVIII. Causas de justificación en el Derecho penal económico: especial mención a los delitos de alteración de precios en el mercado en la legislación española, Lina María Cardona Cardona	787
Capítulo LIX. ¿Algunas luces en las últimas reformas del Código Penal? Despenalización de la eutanasia activa (LO 3/2021) y penalización de la incitación al suicidio y las lesiones (LO 8/2021), Mirentxu Corcoy Bidasolo	801
Capítulo LX. El engaño como medio comisivo del delito de agresión sexual: a propósito de la protección penal de la autonomía sexual, Beatriz Corrêa Camargo	813
Capítulo LXI. El cohecho activo y pasivo de funcionarios públicos nacionales en la normativa penal internacional (y regional), José Luis de la Cuesta Arzamendi	827
Capítulo LXII. La seguridad alimentaria y el tráfico con géneros corrompidos, Julio Díaz-Maroto y Villarejo	843
Capítulo LXIII. Enaltecimiento y justificación del terrorismo y descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas. Breves apuntes para la derogación del artículo 578 CP, Miguel Díaz y García Conlledo	855
Capítulo LXIV. Reflexiones sobre algunas cuestiones esenciales de los delitos de corrupción entre particulares del artículo 286 bis CP, Bernardo Feijoo Sánchez	873
Capítulo LXV. Del delito de omisión del deber de socorro agravado (art. 195.3 CP) al delito de abandono del lugar del accidente (art. 382 bis CP), Silvia Fernández Bautista	887
Capítulo LXVI. Algunos apuntes sobre el nuevo tipo penal de redifusión o difusión en cadena de conductas de <i>sexting</i> , incorporado a nuestro Código Penal por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, Javier Gustavo Fernández Teruelo	901
Capítulo LXVII. Falsificación de certificados por autoridad o funcionario público. Comentario de la STS 290/2023, de 26 de abril, Fernando de la Fuente Honrubia/Adoración Amigo Rodríguez	911
Capítulo LXVIII. El delito de corrupción deportiva. Reflexiones sobre una figura en el ojo de huracán, Alfonso Galán Muñoz	923

	Páginas
Capítulo LXIX. La interpretación del artículo 197.7 del Código Penal por la Fiscalía General del Estado y la jurisprudencia, Octavio García Pérez	937
Capítulo LXX. Crónica sucinta de un comercio infame. Una aproximación a los delitos de tráfico ilegal de órganos humanos en el Código Penal español, Víctor Gómez Martín	949
Capítulo LXXI. Sistemas de contención de vehículos, seguridad de motociclistas y artículo 385 CP, Juan José González Rus	963
Capítulo LXXII. El «Delito rider» (art. 311.2.º CP): El Derecho penal del trabajo a la carrera, Juan Carlos Hortal Ibarra	977
Capítulo LXXIII. Reflexión crítica sobre el actual concepto jurídico de terrorismo, Cristina Isabel López López	989
Capítulo LXXIV. Blanqueo imprudente y tipo agravado por la condición de obligado del sujeto activo del delito, José Manuel Lorenzo Salgado	1001
Capítulo LXXV. Algunas consideraciones sobre los delitos de cohecho y concusión en la Argentina, Javier Augusto de Luca/Glenda Maia de la Cruz	1015
Capítulo LXXVI. La infracción penal de las personas jurídicas y el delito del artículo 286 seis del Proyecto de Ley Orgánica de Código penal español de 2013: paralelismo y compatibilidad, Carlos Martínez-Buján Pérez	1031
Capítulo LXXVII. La cibercaptación de víctimas de trata de personas, Silvia Martínez Cantón	1045
Capítulo LXXVIII. Compliance e blanqueamiento de capitais – More regulation is better regulation?, Anabela Miranda Rodrigues	1055
Capítulo LXXIX. Otra reforma del homicidio y las lesiones imprudentes: epílogo al despropósito, Marta Pantaleón Díaz	1069
Capítulo LXXX. Manipulaciones permitidas en los mercados de valores, José Manuel Paredes Castañón	1083
Capítulo LXXXI. El autoencubrimiento en Derecho penal económico. Una aproximación al problema, a propósito del falseamiento de cuentas para encubrir delitos patrimoniales, Nuria Pastor Muñoz	1101
Capítulo LXXXII. El error sobre la edad y el consentimiento en los delitos contra la libertad sexual. ¿La tipificación de una modalidad imprudente como solución?, Leopoldo Puente Rodríguez	1115
Capítulo LXXXIII. La regulación del robo, el hurto y la apropiación indebida de animales desde las leyes 7/2023 y Orgánica 3/2023 y su incidencia en la legítima defensa, Luis Miguel Ramos Martínez	1129
Capítulo LXXXIV. Consideraciones político criminales sobre la tipificación de los ataques de denegación de servicios de los sistemas de información y comunicación, M.ª Ángeles Rueda Martín	1143

Capítulo LXXXV. El delito de regicidio en el Código penal español vigente, Dulce M. Santana Vega	1155
Capítulo LXXXVI. Algunas reflexiones en torno a la definición de la conducta típica en el tipo básico del delito de defraudación tributaria del artículo 305.1 CP, Natalia Torres Cadavid	1169
Capítulo LXXXVII. El Derecho penal frente a la violencia reproductiva: un breve apunte, María A. Trapero Barreales	1181
Capítulo LXXXVIII. Enriquecimiento ilícito: los modelos sudamericanos de sanción y una mirada peruana de su problemática, José Urquizo Olaechea	1195
Capítulo LXXXIX. La violencia de honor: aproximación jurídica e institucional en España, Carolina Villacampa Estiarte	1209
V. Derecho Procesal Penal y otros temas	1223
Capítulo XC. IA y metaverso: nuevos peligros y oportunidades, Andrea R. Castaldo	1225
Capítulo XCI. Lex dubia non obligat, Mario Caterini	1233
Capítulo XCII. Sesgos e interferencias del sistema penal de adultos en la justicia penal juvenil. El caso colombiano, Susana Escobar Vélez	1247
Capítulo XCIII. Ya sabe por qué está aquí. Reflexiones sobre la información de derechos a la persona investigada, José Manuel García Sobrado	1259
Capítulo XCIV. La doctrina del «daño desproporcionado» en la responsabilidad civil médica del anestesista, Pilar Gutiérrez Santiago	1271
Capítulo XCV. La controvertida pretensión de la víctima en el proceso penal: ¿eutanasia o celebración de juicio?, Leticia Jericó Ojer	1283
Capítulo XCVI. Aplicación de la dogmática penal en el Derecho administrativo sancionatorio, Jaime Lombana Villalba	1295
Capítulo XCVII. La prórroga de la detención y el régimen de incommunicación de los menores de edad en España a la luz de los derechos humanos, Inés Molina Álvarez	1305
Capítulo XCVIII. La conformidad en el proceso penal español: una lectura crítica, Inés Olaizola Nogales/Javier Bordegé Olaizola	1319
Capítulo XCIX. Apreciación de la prueba de testimonio único, Diego Olivera Zapiola	1335
Capítulo C. El contenido constitucional y convencional de la potestad de la condena del absuelto en el Código Procesal penal peruano, José F. Palomino Manchego/Fernando Vicente Núñez Pérez	1347

	<u>Páginas</u>
Capítulo CI. Caso Pegasus: un haz de vulneración de derechos, Joan J. Queralt	1357
Capítulo CII. Mujeres condenadas y estereotipos de género. Casos concretos y posibles implicaciones, Stephanía Serrano Suárez	1371
Capítulo CIII. Agresores sexuales en el ámbito deportivo: factores psi- cosociales de agresores y víctimas, Marta Zubiaur González	1383

PRÓLOGO Y SEMBLANZA DEL HOMENAJEADO

MARTA GARCÍA MOSQUERA, VIRXILIO RODRÍGUEZ VÁZQUEZ,
MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO Y DIEGO-M. LUZÓN PEÑA
Directores del Libro Homenaje

I. INTRODUCCIÓN A MODO DE PRÓLOGO

La obra que presentamos quiere rendir tributo al Profesor Dr. Dr. h. c. Javier de Vicente Remesal con motivo de su 70.º aniversario. Quienes asumimos la codirección del libro, como discípulos –en el caso de Marta García Mosquera y Virxilio Rodríguez Vázquez–, como condiscípulo más antiguo y hermano académico –en el caso de Miguel Díaz y García Conlledo– y como maestro suyo y de los demás –en el caso de Diego-M. Luzón Peña– debemos manifestar nuestra enorme alegría y satisfacción por las numerosísimas contribuciones recibidas, que son muestra del reconocimiento y afecto que el Profesor de Vicente ha inspirado en tantos colegas y amigos en estos años de dedicación académica. Queremos expresar nuestro más sincero agradecimiento a quienes han participado en este libro homenaje, pues ellos son sus verdaderos artífices. Estamos seguros de que habrían sido muchos más si hubiésemos podido extender la invitación a otros compañeros y compañeras, aunque confiamos en que sabrán entender las limitaciones que hemos tenido que asumir en la edición de la obra. Y por otra parte, agradecemos muy especialmente a un numeroso grupo de colegas invitados que querrían haber participado, pero a los que por diversas causas perfectamente entendibles al final no les ha sido posible o no han podido hacerlo en los plazos perentorios marcados por la

editorial para la entrega de originales, gran parte de los cuales han pedido que así conste y así se lo transmitiremos al homenajeado.

Nuestra gratitud se extiende asimismo a la editorial BOE, por acoger la iniciativa y asumir la publicación del libro en su colección de Derecho Público. En particular, a la Profesora Dra. D.^a Yolanda Gómez Sánchez, directora de la citada colección, por su confianza y empeño en hacer realidad el proyecto editorial, a pesar de las dificultades que entraña un volumen de estas características.

Las aportaciones versan sobre casi todos los temas de Derecho penal, ciencias penales y ramas conexas. Y siguiendo un orden relativamente clásico se han agrupado del modo siguiente: Cuestiones generales, introducción al Derecho penal y Política criminal; Derecho penal, Parte General, dividida en teoría general del delito y consecuencias del delito; Derecho penal, Parte especial; y Varios: Derecho procesal penal, Derecho penal de menores, criminología; Derecho administrativo sancionador, responsabilidad civil *ex delicto* y otros. Y es destacable que predominan con mucho las aportaciones sobre teoría general del delito y sobre los diversos delitos de la Parte especial.

II. SEMBLANZA DEL PROFESOR DR. DR. H. C. JAVIER DE VICENTE REMESAL

Aunque la trayectoria académica y profesional de nuestro querido homenajeado, el Profesor Dr. Dr. h. c. Don Javier de Vicente Remesal, merecería un tratamiento mucho más extenso y detallado, sirva esta semblanza para exponer a grandes rasgos las principales referencias de su carrera.

Javier de Vicente Remesal nació en Gema (Zamora) el 20 de julio de 1954. Sus padres, Carmen y Román, aprovecharon la proximidad para que fuera a estudiar a la cercana localidad de Coreses, donde en 1949 se había instalado la orden alemana de los Misioneros del Verbo Divino inaugurando su centro de estudios de bachillerato (hoy convertido en hotel de lujo). Ya becado, continuó sus estudios en la Universidad Laboral de Zamora, para finalmente cursar Derecho en la Universidad de Salamanca, en cuya Facultad de Derecho se licenció en 1977 con la calificación de sobresaliente. Como se ve, en su época estudiantil, formándose nada menos que en una de las tres Universidades más antiguas del mundo tras Bolonia y Oxford y la más antigua de las españolas y residiendo becado por cierto en el colegio mayor San Bartolomé, el primero de los colegios de la vieja Universidad helmántica, tuvo la privilegiada oportunidad de beber e impregnarse de las aguas de las más ancestrales y ricas tradiciones académicas.

Fue en octubre de ese año 1977, siendo ya doctorando, cuando conoció a Diego-M. Luzón Peña, quien acababa de incorporarse a la Universidad de Salamanca como Prof. Agregado interino; si bien no sería hasta febrero de 1980 –después de haber ocupado D. Luzón Peña una plaza de Prof. Adjunto en la Universidad Autónoma de Madrid, y habiendo regresado a Salamanca ya como Prof. Agregado– cuando comenzó a trabajar con él como Prof. Ayudante y bajo su dirección en la elaboración de sus tesis doctoral sobre el comportamiento postdelictivo positivo o rectificación postdelictiva como eximente y no sólo atenuante. Para la realización de la tesis obtuvo una Beca para la Formación del Personal Investigador, de tres años, del Ministerio de Educación y Ciencia (1979-1981), período en el que también desempeñó las funciones de Profesor ayudante de clases prácticas, primero en Salamanca y desde mediados de 1981 en la Univ. de León, a donde se trasladó siguiendo a su director el Prof. Luzón, que en mayo de ese año había ganado su primera cátedra en dicha Universidad); y, siguiendo las indicaciones de su maestro, solicitó y obtuvo otra beca predoctoral de dos años más, del Deutscher Akademischer Austauschdienst (DAAD) para investigar en el tema de su tesis doctoral en el Instituto de Ciencias Penales de la Universidad de Múnich (1982-1983), acogido por el maestro alemán de su maestro y posteriormente de toda nuestra escuela, el extraordinario penalista Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Claus Roxin.

Bajo la dirección del Prof. Luzón Peña defendió brillantemente su tesis doctoral sobre el comportamiento postdelictivo en la Universidad de León en febrero de 1985, la primera tesis doctoral que se leía en la joven Facultad de Derecho de León y que fue galardonada con el premio extraordinario de doctorado. En esa misma universidad obtuvo la plaza de Profesor Titular en diciembre de 1986, trasladándose posteriormente en 1988 para una estancia de investigación postdoctoral al Instituto de Ciencias Penales de la Universidad de Colonia (Alemania), dirigido por el Prof. Dr. Joachim Hirsch. Realizó también estancias de investigación en la Universidad Católica de Lovaina (Bélgica) acogido por el prestigioso criminólogo, el Prof. Dr. Tony Peters, con quien siguió manteniendo estrecho contacto a lo largo de décadas. Actualmente conserva vínculos en esa universidad, a través del Prof. Dr. Stephan Parmentier.

Fue en esos años en la Facultad de Derecho de la Universidad de León donde se forjó el núcleo esencial de la escuela del Prof. Luzón, con Javier de Vicente como primer discípulo, y la incorporación, ya en 1982, como Ayudante y doctorando, de Miguel Díaz y García Conlledo, quien se trasladó desde la Universidad Autónoma de Madrid, después de haber sido allí alumno de D. Luzón cursando la licenciatura.

A la publicación de su primera monografía «El comportamiento postdelictivo» en 1985, fruto de su tesis doctoral, siguieron numerosas publicaciones en forma de artículos científicos sobre muy diversos temas de parte general (error, autoría y participación, imprudencia...) y de parte especial (aborto, delitos sexuales, descubrimiento y revelación de secretos...). En septiembre de 1993 ganó por concurso-oposición la Cátedra de Derecho penal en la Universidad de Vigo, en la que entonces era la única Facultad de Derecho de esa universidad, en el Campus de Ourense/Orense, en unos duros ejercicios en competencia con otro candidato, cuando era muy frecuente que no concurriera al final más que uno en esas ocasiones. Un gran mérito y éxito de nuestro homenajeado, más aún por cuanto que no era el candidato «local».

Entre 1994 y 1998 asumió en esta Facultad el cargo de Vicedecano (que previamente ya había desempeñado en la Facultad de Derecho de León), pasando inmediatamente después a ocupar el cargo de Vicerrector de Profesorado en la Universidad de Vigo, puesto que desempeñaría hasta marzo del 2002, momento en que aceptó ser nombrado Decano Comisario de la recién creada Facultad de Ciencias Jurídicas y del Trabajo en el Campus de Vigo. Actualmente es el catedrático más antiguo de esta Facultad. Este compromiso institucional de nuestro homenajeado Javier de Vicente desde su incorporación a la universidad gallega, asumiendo cargos de enorme responsabilidad, le permitió integrarse en profundidad en el entramado académico vigués, al tiempo que se fue ganando el reconocimiento y la amistad de muchos colegas de los más diversos ámbitos científicos, así como tomar contacto con numerosos sectores sociales y profesionales. Tras años de intensa dedicación a la gestión universitaria, disfrutó de un año sabático en el curso 2004-2005.

Desde su traslado al Campus de Vigo, Javier de Vicente se instaló con su familia en su magnífica casa de Louredo (en el municipio de Mos), que siempre está abierta para recibir a sus amigos en agradables veladas, y donde cultivaba muchas de sus pasiones relacionadas con el campo.

A partir de su llegada a Vigo como catedrático, Javier de Vicente Remesal ha ido dotando y consolidando el Área de Derecho Penal: proveyendo a la universidad de fondos bibliográficos especializados, dinamizando la actividad académica del área con múltiples cursos, conferencias y seminarios, y, sobre todo, procurando una plantilla de profesorado estable desde su llegada en el año 1993, y hasta la actualidad. Así, se dotaron en su momento las plazas de Profesor Titular, que fueron ocupadas en distintos momentos y por diferentes períodos de tiempo por los Profesores Dres. José Manuel Paredes Castañón, Inma Valeije Álvarez, María Trapero Barreales e Isidoro Blanco Cordero. Al propio tiempo, el Prof. de Vicente Remesal fue creando en la Universidad de

Vigo su propia escuela, con la incorporación inicialmente de su primera discípula, la Prof. Dra. Marta García Mosquera, y poco tiempo después, del Prof. Dr. Virxilio Rodríguez Vázquez, hoy Profesores Titulares en esa universidad. La primera defendería su tesis doctoral el 1 de diciembre de 2004, sobre «La estafa de seguro». Y el segundo haría lo propio el 24 de julio de 2008, sobre «Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias». En ambos casos sus tesis fueron merecedoras del respectivo premio extraordinario de doctorado.

Asimismo, Javier de Vicente Remesal ha dirigido como Investigador principal diversos proyectos de investigación en convocatorias competitivas de ámbito autonómico y nacional, varios de ellos dedicados a la responsabilidad en el ámbito médico-sanitario, convirtiéndose este tema en una de sus líneas de investigación prioritarias. Son de especial relevancia sus aportaciones en materia de prevención de errores médicos, de la pena de inhabilitación profesional, de las capacidades y conocimientos especiales del autor, o del consentimiento en las lesiones causadas por intervenciones quirúrgicas. Este bagaje le ha llevado a ser investigador principal del grupo Práctica Médica y Derecho (PM&D) / Medical Practice & Law (MP&L), integrado en el Instituto de Investigación Sanitaria Galicia Sur (<http://www.iisgaliciasur.es/>).

Como catedrático publicó su segunda monografía, «Utilización ilegítima de vehículos de motor», editada por Thomson Reuters Aranzadi en 1994 y otras muy numerosas y profundas publicaciones. Es uno de los principales traductores al español de la obra de Claus Roxin, como lo demuestra el hecho de haber traducido junto con los Profs. Luzón Peña y Díaz y García Conlledo la segunda edición alemana de la obra «Derecho penal, PG, t. I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito» (Civitas, 1997), y de haber traducido también junto con los dos anteriores y otros miembros de la Escuela del Prof. Luzón la obra «Derecho penal, PG, t. II: Especiales formas de aparición del delito» (Civitas, 2014). Su proyección internacional se manifiesta en la intensísima y constante actividad y relaciones internacionales a través de la Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP), que detallamos más abajo, en diversas publicaciones en revistas alemanas, especialmente en la revista penal alemana más antigua, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, y participando como ponente o como invitado en diversos congresos y seminarios hispano-germanos y otros muchos internacionales, así como en la impartición de numerosos cursos, conferencias y seminarios en universidades e instituciones iberoamericanas de Nicaragua, Colombia, Argentina, Ecuador y Perú, habiendo recibido diversos honores y reconocimientos, de los que destaca su nom-

bramiento como Doctor Honoris Causa por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega (Lima-Perú), cuya investidura tuvo lugar el 29 de agosto de 2018.

La dedicación de Javier de Vicente a la Universidad ha sido dedicación exclusiva y total ininterrumpidamente en estos cuarenta y siete largos años transcurridos desde 1977 en que comenzó su carrera académica en el *alma mater* de Salamanca. Su entrega a la docencia universitaria ha sido intensa en licenciatura, grado, máster y doctorado. Su carácter extraordinariamente afable y cordial lo han convertido en un profesor especialmente querido por sus estudiantes, a quienes ha tratado siempre con escrupuloso respeto y cuidado. Javier de Vicente es de esos profesores que sigue vibrando cuando entra en el aula y no disimula su satisfacción cuando sale de ella (agotando siempre los minutos), relatando con orgullo el interés que percibe en el alumnado, y que acostumbra a describir a través de sus miradas atentas. Cualquiera puede darse cuenta de que, para él, esta es la mayor recompensa de un trabajo por el que –como repite una y otra vez– se siente muy afortunado. Disfruta de indagar con los estudiantes las múltiples soluciones posibles en cada caso, y a menudo recuerda con cierta melancolía los tiempos en que formó parte de los Tribunales calificadoros de las pruebas de acceso a la Carrera Judicial en el Tribunal Supremo.

Es miembro del comité de dirección, científico o de redacción de diversas revistas jurídicas. Y especialmente debemos destacar que es el Presidente, desde su constitución el 16 de septiembre de 2008, de la Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP), iniciativa promovida por su maestro, Diego-Manuel Luzón Peña, y de la que este último es Presidente de Honor, como también lo fue el prestigiosísimo Prof. Mir Puig hasta su fallecimiento. Bajo esa presidencia compartida con la presidencia de honor la FICP, que cuenta ya con más de medio millar de asociados de todo el mundo, se ha convertido en un muy importante vehículo de comunicación internacional entre penalistas, especialmente entre los de países latinos, europeos y americanos, pero también, como destaca más abajo en su aportación a este libro homenaje un penalista alemán tan importante como el Prof. Dr. Jürgen Wolter, a cuyas palabras nos remitimos, la FICP bajo la presidencia del homenajeado ha contribuido al diálogo en diversas oportunidades entre las ciencias penales alemana y de lengua española. Y desde su creación ha multiplicado sus actividades y ofertas, de modo que tiene una muy completa página web permanentemente actualizada en sus noticiarios, ha organizado sus propios congresos internacionales con penalistas y temas del más alto nivel, coorganizado otros congresos, seminarios y cursos, editando en su web las actas de los congresos y seminarios, ha editado o coeditado múltiples libros colectivos importantes y

completa de modo permanente el diálogo científico penalístico internacional con la publicación de sus dos revistas electrónicas, la anual *Libertas* y la cuatrimestral *Foro FICP*.

Este breve recorrido por su trayectoria académica apenas puede resumir la fructífera y genuina vida y obra de nuestro muy querido Javier de Vicente Remesal, a quien expresamos nuestra mayor emoción y alegría por poder contribuir con este homenaje en el momento tan simbólico de su 70.º aniversario al reconocimiento que merece como maestro, como condiscípulo y como discípulo, siempre como académico de gran talla y entrañable amigo además. Con todas las personas que han participado en la obra, nos sentimos tremendamente afortunados por haber disfrutado todos estos años de su talante amistoso, magnánimo y benévolo, y esperamos que así siga siendo por muchos años más: *¡ad multos annos, querido Javier!*

PROFS. DRES. MARTA GARCÍA MOSQUERA
Y VIRXILIO RODRÍGUEZ VÁZQUEZ
Profesores Titulares de Derecho Penal.
Universidad de Vigo

PROFS. DRES. DRES H. C. MULT. MIGUEL DÍAZ
Y GARCÍA CONLLEDO Y DIEGO-M. LUZÓN PEÑA
Catedrático y Catedrático emérito de Derecho Penal.
Universidades de León y Alcalá

Vigo, León y Alcalá de Henares, Madrid, octubre de 2023

I. CUESTIONES GENERALES, INTRODUCCIÓN
AL DERECHO PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL

CAPÍTULO I

LOS CRITERIOS QUE APORTA LA STS 523/2023, DE 29 DE JUNIO, PARA LA APLICACIÓN DE LA LO 10/2022 COMO LEY MÁS FAVORABLE

SOLEDAD BARBER BURUSCO

Profesora Titular de Derecho Penal.

Universidad Pública de Navarra, Pamplona.

Patrona de la FICP

I. INTRODUCCIÓN

El CP de 1995 ha sido modificado en múltiples ocasiones, seguramente muchas más de las necesarias, y aunque en la mayoría de los casos lo ha sido para crear nuevos tipos penales o para incrementar y crear penas, no siempre ha sido así; por lo que las cuestiones relativas a la aplicación de la sucesión de leyes penales en el tiempo, no debería resultar novedosa. El CP –en sus artículos 1 y 2– cuenta con criterios de aplicabilidad para las modificaciones legales que puedan producirse. Concretamente, para el caso de una ley posterior más favorable, el artículo 2.2 determina que «tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo...». Algunas de las reformas han ido acompañadas de disposiciones transitorias que estipulaban

criterios de aplicabilidad específicos¹ que limitaban la interpretación del precepto y otras no, como sucede con las modificaciones introducidas en el CP por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

Esta Ley introdujo una importante reconfiguración de los anteriores tipos de abusos y agresiones sexuales, caracterizó la agresión por la ausencia de consentimiento e incorporó en el mismo tipo penal las diversas modalidades de agresión que antes se distribuían en los tipos de abuso y de agresiones sexuales, a excepción de algunas formas de comisión que pasaron a integrar los subtipos agravados. Para la agresión sexual con penetración (violación) y para los subtipos hiperagravados optó por horquillas muy amplias. Además, incorporó penas accesorias privativas de derechos y una nueva regulación concursal respecto de las penas que pudieran corresponder por los actos de violencia física o psíquica que se realizasen. Con esta somera e incompleta descripción ya se puede advertir que esta Ley introduce cambios cualitativos relacionados con la tipicidad de las conductas; cambios cuantitativos en el ámbito de las penas que, además, se integran en la dosimetría penal de nuestra legislación que exige atender a los mínimos, máximos y mitades de los que partir para configurar las nuevas magnitudes y determinar las penas de la tentativa, la complicidad, las atenuantes y agravantes y el delito continuado. La variedad de modificaciones da cuenta de la complejidad y, por tanto, de la necesidad de analizar caso por caso la posibilidad de que esta Ley pueda resultar más favorable.

La revisión de las sentencias por parte de los diversos tribunales dio lugar a múltiples resoluciones² con criterios muy variados y en algunos casos escasamente razonables. Inmediatamente, desde sectores políticos y medios de comunicación pareció entablarse una competencia para dar a conocer, de forma alarmante, aquellas resoluciones (la mayoría no firmes) que disminuían en uno, dos o hasta cinco años de prisión las anteriores penas impuestas, sin dar las razones de tales rebajas. Ello propugnó que se generara en parte de la ciudadanía un estado de opinión muy negativo respecto de la nueva legislación.

¹ A fin de efectuar la comparación entre el CP 1944/73 y el del 95, este último introduce entre otras, la DT 2.^a CP 1995 que dispone: «Para la determinación de la Ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas de uno u otro Código...»; y la DT 5.^a que determina que los «Jueces y Tribunales procederán a revisar las sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial. En las penas privativas de libertad no se considerará más favorable este Código cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo al nuevo Código...».

² Según publicación del CGPJ en su página Web, del total de revisiones a 31/03/2023, las realizadas por las Audiencias Provinciales fue de 1967, de las que 880 fueron reducciones de condena; las realizadas por los Tribunales Superiores de Justicia 86, y reducciones 82; por la Audiencia Nacional 7 y 1 reducción, y el Tribunal Supremo 37 con 15 reducciones.

Rápidamente, el PSOE y el PP acordaron una reforma, en nada pertinente para resolver las cuestiones relativas a la sucesión de leyes en el tiempo, como así se reconoce en el Preámbulo de la LO 4/2023, de 27 de abril³. En él se destaca la importancia de «blindar la ley en favor de las víctimas y evitar el efecto no deseado de una posible aplicación de las penas mínimas de los nuevos marcos penales, que son más amplios, para que en casos graves no exista la posibilidad de que se impongan penas bajas...»; si bien lo que ha conseguido la reforma, hasta el momento, es desprestigiar, ante amplios sectores de la ciudadanía, a las impulsoras de la LO de reforma integral de la libertad sexual. Consecuencia de la nueva norma, la LO 10/2022 ha pasado a ser ley intermedia, pero aplicable en la medida en que resulte más favorable para hechos anteriores a su entrada en vigor; y, claro está, para los hechos cometidos durante su vigencia.

Debido a la extensión de este trabajo, me limitaré a analizar los criterios que para un concreto caso se emplean en la STS 523/2023 para considerar a la LO 10/2022 ley más favorable.

II. EL FUNDAMENTO DE LA RETROACTIVIDAD PENAL FAVORABLE

Si bien no se asigna un fundamento unánime al principio de retroactividad favorable, ni se lo deriva del mismo precepto constitucional, ni tampoco hay acuerdo acerca de la protección constitucional que debe otorgarse a su aplicación, estas cuestiones han sido objeto de un escaso debate. Así, buena parte de la doctrina entiende que el fundamento del principio se encuentra en la ausencia de necesidad de pena⁴, dado que parece más justo y más adecuado a efectos preventivo generales y especiales no mantener el castigo si ha cambiado la valoración jurídica del hecho, ya sea porque la conducta se ha destipificado o la pena ha disminuido. Desarrollando más esta argumentación se aso-

³ «Es importante advertir que esta reforma solo puede ser de futuro, al haber quedado consolidada la nueva realidad normativa, de manera irreversible, por efecto de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, tanto para los delitos cometidos antes de la Ley Orgánica como para los delitos cometidos antes de la entrada en vigor de esa Ley Orgánica como para los que se hayan perpetrado bajo la vigencia de la misma. Esto es una consecuencia del artículo 25 de la Constitución Española y del principio constitucional de la retroactividad de la ley penal más favorable contenido en el artículo 9.3 de dicha Ley Fundamental»: Preámbulo. I.

⁴ Por muchos, LUZÓN PEÑA, D., Lecciones de Derecho Penal. Parte General, 3.ª ed., 2016, 80, quien añade que tiene también un sentido humanitario y pietista, similar al de otras construcciones pro reo.

cia la retroactividad favorable con el principio de proporcionalidad⁵; aunque, minoritariamente, también con el principio de legalidad⁶.

Como señala LASCURAÍN SÁNCHEZ⁷, la aplicación de una ley posterior favorable no es una opción que demande el valor de la seguridad jurídica ni el principio de legalidad que lo encarna. Si bien la retroactividad favorable afecta, como toda retroactividad, a la seguridad jurídica, en la medida en que incide en la previsibilidad general y particular de las consecuencias penales, también aporta incertidumbre al criterio *tempus regit actum*. La retroactividad favorable tiene su fundamento y su límite en el principio de proporcionalidad (consecuencia de la configuración del Estado al servicio de la libertad de la persona), dado que lo relevante para negar la aplicación de la ley penal vigente en el momento de la comisión del delito es que resultaría desproporcionada desde la perspectiva jurídico penal propia del momento del enjuiciamiento, a lo que debe añadirse conforme lo dispuesto en el artículo 2.2 CP, o al momento de la ejecución de la pena. Expresa LASCURAÍN que, cuando se refiere al juicio de proporcionalidad, no alude al cauteloso juicio de legitimidad que realiza el TC, no se trata de un juicio constitucional de mínimos condicionado por su carácter de juicio de legitimidad y por la cautela institucional que exige un juicio que se produce frente al legislador; de lo que se trata es de un juicio de proporcionalidad como juicio de funcionalidad óptima que mira a una nueva solución legislativa del problema penal como solución ideal a los ojos del legislador y que se compara con la norma enjuiciada a los efectos de determinar su coincidencia⁸. Entiende que debe considerarse la conducta con todos sus elementos contextuales relevantes para la evaluación de su desvalor desde la perspectiva penal. «La conducta y su contexto son de ayer, pero la valoración, los criterios axiológicos y los conocimientos que la sustentan son de hoy».

La retroactividad favorable no tiene reconocimiento expreso en nuestra Constitución, pero se le atribuye rango constitucional, entre otras razones, por

⁵ Desarrollan este planteamiento, con matices, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J., Sobre la retroactividad penal favorable, 2000, 19-69; y FRÍGOLS I BRINES, E., Fundamentos de la Sucesión de Leyes en el Derecho penal español, 2004, 397-434.

⁶ De esta opinión, HUERTA TOCILDO, S., quien sostiene que la función de garantía de la libertad individual está implícita en el principio de legalidad impidiendo que se sigan restringiendo los derechos fundamentales de los ciudadanos cuando ya no se juzga necesario, o que pervivan unas sanciones cuya gravedad ha sido cuantitativa o cualitativamente atenuada, en: Revista Española de Derecho Constitucional, 39, 1993, 97.

⁷ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J., Sobre la retroactividad, 2000, 37 s., 127 s.

⁸ De otra opinión respecto del juicio de proporcionalidad, FRÍGOLS I BRINES, E., Fundamentos de la sucesión de leyes, 2004, 432 s., ya, que, a su juicio, el fundamento de la retroactividad favorable se halla en la proporcionalidad en sentido amplio, que conecta con la regla de la mayor libertad, que, como regla utilitarista actúa como límite al *ius puniendi*, y que está constituido a su vez por los subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

el fundamento del que se la deriva y atendiendo a los instrumentos internacionales ratificados por España que le confieren rango equivalente⁹. El desacuerdo en la doctrina proviene de cuál precepto o preceptos constitucionales se deriva o lo declara implícito. Así, LASCURAÍN entiende que la retroactividad favorable debe ser situada en una especie de anexo al artículo 25.1 CE, de la misma forma en que fue situado el *ne bis in idem*¹⁰. FRIGOLS acude al mismo precepto, pero basando su posición en que la proporcionalidad se halla contenida en el artículo 25.1 como sostiene en ocasiones el TC, pero no solo respecto de las penas privativas de libertad, sino de todas aquellas que puedan imponerse con el *ius puniendi* del Estado¹¹. Pero resulta claro que estos autores coinciden en la cuestión práctica relativa a que la no aplicación de la retroactividad favorable puede ser objeto de recurso de amparo.

Sin embargo, el TC inicialmente e interpretando a *contrario sensu* el art. 9.3 CE, entendió que la Constitución garantiza también la retroactividad de la ley penal favorable, y también que en el artículo 25.1 CE no existe propiamente un derecho fundamental a la aplicación retroactiva de la ley penal favorable susceptible de ser defendido en amparo (SSTC 8/1981, de 30 de marzo; 85/2006, de 27 de marzo); aunque esta vía del recurso de amparo no ha sido cerrada, ya que podría encontrar apoyo en la interpretación conjunta de los artículos 9.3 y 17.1 CE; y también concedió el amparo en la STC 232/1997, de 16 de diciembre, al entender que no aplicar la ley más favorable infringía el principio de legalidad establecido en el artículo 25.1 CE.

III. LAS AGRESIONES SEXUALES CONTENIDAS EN EL CAPÍTULO I DEL TÍTULO VIII DEL CP CONFORME A LA LO 10/2022

Los derogados tipos de abuso sexual castigado con prisión (1 a 3 años) o multa (18 a 24 meses); y de agresión sexual (caracterizado por la violencia o intimidación) con pena de prisión de 1 a 5 años; son sustituidos por el delito de agresión sexual que se define como «cualquier acto que atente contra la libertad sexual sin consentimiento», y considera en todo caso agresión: la violencia, la intimidación, el abuso de situación de superioridad o de vulnera-

⁹ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos junto al reconocimiento del principio de legalidad penal dispone «Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello». La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea expresa «...sí, con posterioridad a esta infracción, la ley dispone una pena más leve, deberá ser aplicada ésta.»

¹⁰ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J., Sobre la retroactividad, 2000, 62 ss.

¹¹ FRÍGOLS I BRINES, E., Fundamentos de la sucesión de leyes, 2004, 433.

bilidad, la actuación sobre personas privadas de sentido o abusando de su situación mental, o cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad. La pena prevista es la prisión de 1 a 4 años. Además, se incorpora un subtipo atenuado que atiende a la menor entidad del hecho y las circunstancias personales del culpable, junto a la ausencia de circunstancias agravantes, que castiga con la pena de prisión en su mitad inferior (1 a 2 años y 6 meses) o multa (18 a 24 meses).

La nueva regulación de la agresión sexual se construye sobre la ausencia de consentimiento como requisito esencial y determina que solo «hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona», requisitos que excluyen otras interpretaciones posibles relacionadas con la apreciación de la existencia o inexistencia del mismo. Además, dos modalidades de actuación que antes quedaban recogidas en los respectivos tipos básicos, pasan a integrar los subtipos agravados: la actuación anulando la voluntad de la víctima por el uso de fármacos, etc.; y la agresión sexual precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad». En este último supuesto resultará necesario distinguir la entidad de la violencia ejercida para subsumir la conducta en el tipo básico de agresión o en el subtipo agravado.

La violación (art. 179 CP) mantiene la descripción legal y prevé la pena de prisión de 4 a 12 años (coincidente con el mínimo del abuso sexual y con el máximo de la agresión con acceso carnal derogados). Se configura una horquilla muy amplia, que abarca conductas de muy diversa gravedad; además, la mitad inferior alcanza los 8 años de prisión, que no coincide ni con la mitad inferior del anterior abuso sexual (7 años), ni con la mitad inferior de la anterior agresión sexual (9 años).

El subtipo hiperagravado de agresión sexual del artículo 180 CP suma a las anteriores circunstancias, tres nuevas: la agresión precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad; la condición de ser o haber sido esposa o mujer que haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia; y que el autor haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, etc. En cuanto a las penas, prevé para la agresión sin acceso carnal la pena de 2 a 8 años de prisión y, en caso de concurso de dos o más circunstancias, la mitad superior (5 a 8); y, para la agresión con acceso carnal, la prisión de 7 a 15 años, quedando el concurso de dos o más circunstancias también en la mitad superior (13 años y 6 meses a 15 años). Si se compara con la legislación derogada, la actual agresión sexual sin acceso carnal mantiene el mínimo del anterior abuso (2 años) y disminuye el

máximo de la anterior agresión (de 10 a 8 años). La agresión sexual con acceso carnal (LO 10/2022) disminuye de forma notable el mínimo respecto de la anterior agresión: de 12 a 7 años (coincidente con el mínimo del anterior abuso), pero mantiene el máximo de 15 años que coincide con el máximo de la anterior agresión. Por lo que, otra vez, esta mayor amplitud de las horquillas, permite recoger la diversa gravedad de conductas que incluye en los tipos penales.

Para finalizar con el recuento de las modificaciones más importantes que afectan a estas agresiones, debe señalarse que incorpora como imperativas penas accesorias privativas de derechos del artículo 192.3 CP y una nueva regla concursal conforme a la cual las penas previstas en los delitos contra la libertad sexual se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder por los actos de violencia física o psíquica que se realicen (art. 194 bis).

IV. LA STS 523/2023, DE 29 DE JUNIO

1. Los hechos y la condena impuesta

El procesado y dos individuos que no fueron identificados abordaron a la víctima en las cercanías de la estación de Renfe. Mediante fuerza la llevaron a un parque cercano. La mujer opuso gran resistencia, por lo que el procesado la agarró del pelo y le dio un puñetazo en la nuca que provocó que cayera al suelo, la penetró vaginalmente mientras los otros dos individuos la agarraban de las manos y las piernas para facilitar la actuación del procesado. Cuando la víctima intentaba marcharse, otro de los individuos se abalanzó sobre ella y la penetró vaginalmente mientras era sujeta de las manos y piernas por el procesado y el otro interviniente. Tras ello, el tercero le propinó un fuerte empujón y, mientras le profería frases obscenas, la obligó a hacerle una felación, siendo sujeta de las manos y las piernas por el procesado y el otro de los agresores.

El procesado fue condenado por un delito de violación agravado por la actuación conjunta de dos o más personas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de 12 años de prisión y como cooperador necesario, por dos delitos de violación, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de 6 años, por cada uno. En la sentencia se determina el límite máximo de cumplimiento de 20 años de prisión.

2. La revisión de la condena

La AP¹² revisó la condena impuesta¹³ y redujo los 12 años de prisión a 7, y los 6 años a 4 años de prisión para cada uno de los delitos. El MF impugnó la resolución por entender que la LO 10/2022 no puede considerarse norma más favorable en este caso. Subsidiariamente, para el caso de revisión, solicitó la aplicación de la Ley de forma completa, sin omitir la imposición de las penas accesorias previstas en el artículo 192.3 CP. El TS estimó parcialmente el recurso de casación (con tres votos particulares en disidencia¹⁴), confirmó las penas de prisión (7, 4 y 4 años) e impuso tres penas accesorias de inhabilitación especial del artículo 192.3 CP por tiempo de 12, 9 y 9 años, respectivamente.

Son múltiples los temas tratados en la STS 523/2023 que podrían abordarse, pero me detendré solo en los tres que a continuación se exponen.

a) ACERCA DE LA APLICABILIDAD DE LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS

La cuestión de la aplicabilidad o inaplicabilidad de la DT 5.^a del CP de 1995, que inicialmente centró el debate, ha merecido las siguientes consideraciones del Pleno Jurisdiccional del TS. En el voto mayoritario¹⁵ se afirma que se trata leyes temporales en su sentido más estricto (las DT 2.^a y 5.^a del CP de 1995 venían a regular el tránsito de uno a otro Código y, por tanto, estaban llamadas a decaer), además, dada su naturaleza de normas temporales no es preciso que se encuentren derogadas. Rechaza la posible aplicación en un sentido integrador o analógico para extremos necesitados de regulación en materia penal sustantiva porque no cabe rescatar una norma perjudicial prevista para unos casos específicos, temporalmente acotados, rehabilitarla, y aplicarla a supuestos diversos. Tampoco admite su contenido como posible interpretación auténtica¹⁶, debido a que el artículo 2.2 CP no necesita complemento alguno, dado que su regulación es explícita y no se advierte ninguna clase de laguna.

¹² AAP Madrid, secc. 6.^a, de 2 de enero de 2023.

¹³ En SAP Madrid, secc. 6.^a, 275/2009, de 18 de junio.

¹⁴ De D. Andrés MARTÍNEZ ARRIETA; de D. Antonio DEL MORAL GARCÍA, al que adhiere D.^a Ana María FERRER GARCÍA y de D. Andrés PALOMO DEL ARCO al que adhieren D.^a Ana María FERRER GARCÍA (salvo en el apartado 11 en el que efectúa consideraciones acerca de la aplicabilidad de las disposiciones transitorias) y D.^a Susana POLO GARCÍA.

¹⁵ Ponente: D. Leopoldo PUENTE SEGURA.

¹⁶ Posición sostenida en la Circular 1/2023 de la FGE.

Estas afirmaciones se matizan en los votos particulares. Así, se aceptan¹⁷ en la medida en que llevan a descartar la operatividad de la DT 5.^a en cuanto pueda redundar en perjuicio del sujeto pasivo del proceso penal; o se considera «irrelevante» –para el caso– discutir si la DT 5.^a sigue o no vigente¹⁸; y, también, «prescindible» su tratamiento, porque, en el caso de horquillas muy amplias, con la introducción de algún elemento normativo nuevo en la conducta típica, la jurisprudencia de la Sala ya había señalado que los criterios de taxatividad de la DT 5.^a, debían ceder ante el principio de proporcionalidad y era necesario realizar la comparación en concreto¹⁹.

b) ACERCA DEL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD

El caso objeto de la resolución llevó a plantear si la aplicación de la nueva norma, por ser más favorable en conjunto, en los casos de condenas al mínimo penal vigente en su día, permite apartarse del nuevo mínimo rebajado. Entiendo que las soluciones opuestas a que llegan la mayoría y la minoría del Tribunal se relacionan, básicamente, con una comprensión distinta tanto de las nuevas tipicidades que introdujo la LO 10/2022, como de los criterios a los que debe atenderse para efectuar el juicio de proporcionalidad.

En cuanto a la primera cuestión, en el voto mayoritario se afirma que la LO 10/2022 supuso un «cambio de paradigma», que constituye un paréntesis abierto y cerrado por la LO 4/2023, de 27 de abril, que rectifica nuevamente el modelo para volver a diferenciar ahora la respuesta punitiva en consideración al empleo de violencia o intimidación para calibrar la magnitud de la pena correspondiente. ¿Cómo describe el cambio de modelo de la ahora ley intermedia? Nos dice que «el empleo de violencia o intimidación no es necesariamente una conducta más grave en el marco de los delitos contra la libertad sexual». Considera que «lo estructuralmente relevante, también desde el punto de vista del injusto, es la imposición de conductas sexuales sin consentimiento o con un consentimiento viciado, cualquiera sea el medio por el que el mismo se logre o concrete»; a diferencia de los que afirman «desde la apa-

¹⁷ Así lo manifiesta DEL MORAL GARCÍA en su voto particular: FJ I.

¹⁸ Opinión de MARTÍNEZ ARRIETA.

¹⁹ Así, PALOMO DEL ARCO, Voto particular: FJ 11, donde cuestiona, además, la consideración de que las DT 5.^a y 2.^a como leyes temporales, si se atiende a su dicción literal; además de señalar que, «las estamos aplicando continuamente y no resulta explicado el cambio de criterio, aunque posiblemente pudiera justificarse», y no solo en materia procesal sino que también se han aplicado las normas transitorias del CP de 1995 sobre normas sustantivas y en materia afectante a un principio tan nuclear como la legalidad de las penas.

rente defensa del nuevo paradigma», que cuando existe violencia o intimidación el ataque es siempre más grave (y necesariamente ha de asociársele una pena mayor) que «es precisamente lo que el modelo niega». Si es posible en el caso y conforme a la descripción del tipo penal, que una determinada conducta efectuada con violencia o intimidación sea sancionada con la pena mínima de siete años, no puede ser un motivo suficiente –pugna incluso con las reglas del mero razonamiento lógico–, la sola existencia de la violencia (o intimidación) para impedir, por sí, la imposición de la pena en ese punto mínimo del segmento, lo que no significa que, concurriendo violencia o cualquier otro medio a los que se refiere el artículo 178.2 CP, resulte necesario imponer la pena mínima. Deberá ponderarse la intensidad de la violencia eventualmente empleada. El voto mayoritario concluye sosteniendo que la decisión de la AP que revisa las penas impuestas y las fija en el mínimo de la nueva escala es «mera y razonable consecuencia de la nueva desvalorización de las conductas realizada por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual y del nuevo modelo que la misma promovió para estructurar su punición».

Respecto de esta cuestión sustantiva, MARTÍNEZ ARRIETA afirma que la distinta conformación fáctica de la tipicidad que resulta de la LO 10/2022, con una estructura típica de la agresión sexual que no requiere, como presupuesto de la conducta, violencia o intimidación, es una tipicidad distinta, con elementos distintos, con criterios valorativos que en la nueva norma han variado, por lo que considera preciso valorar la concurrencia del acto violento o intimidatorio que ya no forma parte de la antigua tipicidad, y destaca que, en virtud de esa distinta tipicidad, no hay norma más favorable pese a la existencia de un mínimo de la horquilla de menor intensidad.

Por su parte, DEL MORAL GARCÍA aprecia que la sentencia mayoritaria parece entender que la violencia es un elemento que para el legislador ha perdido toda significación pues ha quedado desplazado por la falta de consentimiento, y no le parece correcta esta perspectiva. Considera que «la tipicidad actual se edifica sobre la falta de consentimiento. A continuación, se describen algunas acciones que el legislador ejemplifica como supuestos de ausencia de consentimiento. Se sirve, además, de ellas para determinadas agravaciones o prohibición de atenuaciones, precisamente porque considera que encierran mayor disvalor y por tanto son dignas de mayor sanción. Pero la violencia y la intimidación no constituyen circunstancias inherentes a las nuevas tipicidades», salvo en los subtipos agravados que prevé.

Atendiendo ahora a las peculiaridades del juicio de proporcionalidad, en el voto mayoritario se afirma que la comparación entre las dos normas penales

debe hacerse en concreto. Para ello procede del siguiente modo: con carácter general, considera que una nueva evaluación no comporta un «segundo enjuiciamiento» del hecho y sus circunstancias, sino que impone tomar éste y aquéllas ya declaradas en firme, como referencia. Se trata de un juicio concreto, pero estrictamente normativo, que no permite remover, reconsiderar, volver a enjuiciar reevaluando, lo ya juzgado. Este criterio general lo concreta de la siguiente manera: sostiene que, como la anterior legislación permitía valorar la intensidad de la violencia desplegada junto a otras posibles circunstancias concurrentes y junto a las circunstancias personales, ese juicio de individualización con esos mismos elementos ya se efectuó en la sentencia que alcanzó firmeza. Así, la AP consideró «que no había mérito para imponer la pena en una magnitud superior al mínimo legalmente previsto». Por ello, no resulta posible ahora revisar esa decisión, ya firme. «Si la mera existencia de un medio comisivo violento condujera a incrementar ese límite mínimo, estaríamos los Tribunales introduciendo por la ventana lo que el legislador había despedido por la puerta. El nuevo modelo que la LO 10/2022 vino a establecer, quedaría, radical e indebidamente, frustrado».

DEL MORAL GARCÍA considera que la metodología empleada no es fiel a la estricta legalidad; y, sobre todo, arroja resultados caprichosos capaces de generar patentes injusticias comparativas. Entiende que para hacer la comparación entre los dos textos legales es necesario individualizar la pena en uno y otro marco legal. Así, en el marco legal previo, al aplicar el artículo 66 CP, se debían dejar a un lado todos los elementos que, por ser inherentes a la tipicidad, no añaden nada a la conducta típica, ya que, si el hecho consiste en el uso de violencia o intimidación para lograr el acceso carnal, no es dable elevar la pena mínima por el concurso de la violencia. Se vulneraría el *non bis in idem* en tanto a ese dato ya se atendió para establecer el marco típico, aunque sí se podía atender a la intensidad de la violencia e incrementar el *quantum* penológico arguyendo un exceso de violencia, o una violencia desmedida y manifiestamente innecesaria. Desde el momento en que en el nuevo tipo penal la violencia no es algo inherente, se recupera, más que la posibilidad, la obligación de valorarla para fijar la duración de la prisión. Desde que la violencia ha dejado de constituir un elemento inherente a algunos delitos sexuales, el artículo 66 CP exige su evaluación a efectos punitivos debido a que, indirectamente, se ha visto afectado por la reforma, de la misma forma que cuando el legislador construye un subtipo agravado con lo que antes solo era un elemento evaluable para concretar la penalidad. Si se obvia esto, se aplica la nueva legalidad con un artículo 66 CP no actualizado, en desarmonía con la parte especial, desajustado. La reforma de 2022 habilita para, con apoyo en el art. 66 CP, sancionar más gravemen-

te las modalidades más graves. Esa ponderación, que no pudo hacer el Tribunal al dictar sentencia con arreglo a la norma anterior, ahora debe efectuarla aplicando el texto reformado, dado que constituye otra exigencia del principio de proporcionalidad castigar más severamente los hechos más graves.

Me parece importante señalar los criterios adicionales (a los ya expresados en el párrafo anterior) que aporta PALOMO DEL ARCO (y que se relacionan con lo sostenido por LASCURAÍN²⁰ acerca del juicio de proporcionalidad: «La conducta y su contexto son de ayer, pero la valoración, los criterios axiológicos y los conocimientos que la sustentan son de hoy») para efectuar la comparación entre una y otra norma. Estos criterios son los siguientes: a) dada la exasperación punitiva de algunas penas en su correlación con tipos que sancionan bienes jurídicos de mayor valor, cuando el umbral mínimo superaba el del tipo básico del homicidio, determinaba, por esa saturación punitiva, que no se atendiera a otros criterios que llevan a sobrepasar ese mínimo. Ahora, rebajado ese umbral, entiende que quizá fueran atendibles; b) el del componente de género, cuando la cosificación de la víctima resulta significativa, determina también un componente a valorativo a ponderar, especialmente en aquellas conductas anteriores al Convenio de Estambul (así en la STEDH de 27 de enero de 2015, Rohlena c. República checa); c) y, finalmente, debe atenderse a los cambios jurisprudenciales en la ponderación del hecho, que determinarían en la actualidad diversa escala de gravedad, pues informan, lógicamente, la desvaloración del injusto.

En el concreto caso, a fin de la que pena resultante de la revisión sea la adecuada o procedente, pondera la forzada privación deambulatoria acaecida en conjunción con los actos violentos descritos, la actuación conjunta como elemento individualizador que no fue ponderado como agravante, además de las frases obscenas proferidas que permiten ponderar a efectos de individualización el desprecio por la víctima, y concluye que resulta procedente y proporcionada la aplicación de la pena en su mitad superior; por lo que debió atenderse a la argumentación del MF, denegar la revisión y estimar el recurso por infracción del artículo 2.2 CP

c) ACERCA DE LOS LÍMITES Y FUNCIONES DEL RECURSO DE CASACIÓN

En el voto mayoritario, y en auxilio de la posición sustentada, se hace referencia a dos cuestiones de carácter procesal que limitan las posibles deci-

²⁰ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J., Sobre la retroactividad, 2000, 38.

siones del Tribunal. Así, se alude a la falta de normas procesales precisas para el desarrollo del incidente de revisión y la imposibilidad de proponer y practicar medios de prueba complementarios y a la falta de capacidad del Tribunal de casación para redimensionar la pena y ajustarla a sus propias eventuales estimaciones, ya que se entiende que son facultades discrecionales que el legislador deposita en la AP. Se entiende que en casación solo se puede verificar si la opción penológica está motivada con arreglo a criterios legales y razonables, y no vulnera las reglas de individualización. Además, se aclara que tampoco se evidencia una ausencia de proporcionalidad censurable en términos constitucionalmente relevantes, circunstancia que permitiría adentrarse en el conocimiento de tal cuestión, pero no se justifica tal afirmación.

Antes de terminar este apartado, me parece necesario reseñar –por la importancia de las funciones que está llamada a cumplir la doctrina que surge de la casación– las apreciaciones que efectúa PALOMO DEL ARCO, cuando sostiene que «...perdimos una inmejorable ocasión, por especiales razones de oportunidad, para establecer el alcance y contenido del derecho a la retroactividad favorable de las leyes penales, así como la de la específica revisión en casación. (...) Pese al criterio mayoritario, entiendo que determinar el alcance constitucional y también su reflejo en nuestra legislación ordinaria era sumamente relevante, pues si bien en múltiples casos la solución final será la misma, al eludirlo, puede acaecer, que se revisen sentencias con criterios que conducen a un resultado retroactivo que no deriva de la norma constitucional ni de la ordinaria, de modo que se concluye con graciosas condonaciones punitivas. Donde, sin desmerecer en absoluto, los fundamentos y razones de la mayoría, el caso de autos integra un ejemplo paradigmático, pues a ningún operador jurídico se le oculta que, si los hechos probados de la ejecutoria sometida a nuestra consideración, fueran enjuiciados en la actualidad, en ningún caso se mantendría el mínimo de siete años impuesto. Como tampoco resulta racional entender que la sanción que corresponda con la nueva norma a los hechos declarados probados en la ejecutoria, sea la misma, mediando violencia que sin ella».

3. A modo de reflexión final

Causan perplejidad los criterios y el hilo argumental que emplea la mayoría del Tribunal en la decisión adoptada. Así, admite que la LO 10/2022 introduce lo que denomina un cambio de «modelo» o «paradigma» y recoge como elemento definitorio del modelo, a los efectos de la decisión que debe

adoptar, la «nueva desvalorización de las conductas». Afirmar que la comparación entre las dos normas penales debe hacerse en concreto, con la limitación de que el hecho y sus circunstancias ya se encuentran recogidas en la sentencia declarada firme, extremos en los que todos coinciden, para de ello derivar que esas mismas circunstancias no pueden ser reevaluadas conforme a la nueva ley, porque ello significaría «un nuevo enjuiciamiento»; pero, a continuación, introduce las valoraciones que asigna a la nueva ley cuando concluye que no resulta posible revisar ese juicio de individualización: «Si la mera existencia de un medio comisivo violento condujera a incrementar ese límite mínimo (...) el nuevo modelo que la LO 10/2022 vino a establecer, quedaría, radical e indebidamente frustrado».

CAPÍTULO II

CAMBIO CLIMÁTICO EN EL SISTEMA PENAL ESPAÑOL

JOSÉ ÁNGEL BRANDARIZ
Catedrático de Derecho Penal y Criminología.
Universidade da Coruña

I. INTRODUCCIÓN: RETOS DE ANÁLISIS DEL CLIMA PENAL

Es indudable que el cambio climático es uno de los principales retos a los que se enfrenta la humanidad en el siglo XXI. En general, suele identificarse este fenómeno meteorológico con la idea de calentamiento global. Sin embargo, las transformaciones climáticas que se prefiguran van más allá del incremento de las temperaturas hasta niveles altamente lesivos. De hecho, en algunos casos podría producirse un enfriamiento súbito y abrupto de las temperaturas que podría alcanzar a regiones enteras. Un estudio reciente ha advertido sobre la posibilidad de que un colapso en las próximas décadas de la denominada corriente de vuelco meridional del Atlántico conduzca a un descenso notable de las temperaturas en amplias zonas del Atlántico norte, incluidas partes de España¹. Algo semejante parece haber sucedido en el campo penal. Dos décadas después de que la literatura académica comenzase a hablar de *giro punitivo* para caracterizar los cambios penales de finales del s. XX², en la actualidad la situación es muy

¹ Cfr. DITLEVSEN, P./DITLEVSEN, S., Warning of a forthcoming collapse of the Atlantic meridional overturning circulation, *Nature Communications*, n.º 14, 2023, p. 4254.

² Cfr. GARLAND, D., *La cultura del control*, Barcelona, Gedisa, 2005.

diferente en múltiples lugares del norte global. Ciertamente, la noción de giro punitivo sigue teniendo plena vigencia en otras regiones, como Centroamérica y Sudamérica, donde los debates sobre el delito y la pena mantienen los mismos códigos del populismo punitivo del cambio de siglo. En otras latitudes, en cambio, la transformación en curso se ha descrito como expresión de un verdadero cambio climático en el campo de las políticas penales³, retomando una referencia meteorológica que ya habían empleado en su momento LOADER/SPARKS⁴.

Antes de analizar en qué medida se está produciendo este tipo de cambio climático en el caso español y qué factores pueden estar contribuyendo a ello, parece procedente hacer referencia a las dificultades que afronta una reflexión analítica de estas características. En España se han hecho diversos estudios sobre la evolución de las tasas de encarcelamiento⁵. Sin embargo, estos análisis no se han preguntado si tal evolución muestra un verdadero cambio de ciclo en materia de políticas penales. En efecto, en general no se han desarrollado análisis diacrónicos sobre cómo ha cambiado la punitividad estatal o institucional y la punitividad pública o colectiva –o el miedo o la preocupación por el delito– en las últimas décadas, ni trabajos comparativos sobre la evolución de la penalidad en España y en otros países del entorno. Tampoco ayuda el hecho de que la amplia literatura sobre política criminal se centre en gran medida sobre las reformas de la legislación penal. Si bien se trata de análisis de enorme relevancia, al tener un objeto de estudio relativamente acotado, no logran medir hasta qué punto el clima penal está mutando. Esa laguna de análisis es la que el presente capítulo pretende contribuir a colmar.

³ Cfr. BROWN, D., Mass Incarceration. En: CARLEN, P./FRANÇA, L. A. (Eds.), *Alternative Criminologies*, London, Routledge, 2018, pp. 364-385; KARSTEDT, S./BERGIN, T./KOCH, M., *Critical Junctures and Conditions of Change: Exploring the Fall of Prison Populations in US States*, *Social & Legal Studies*, n.º 28(1), 2019, pp. 58-80.

⁴ Vid. LOADER, I./SPARKS, R., *Public Criminology*, London, Routledge, 2011.

⁵ Vid., a modo de referencia, BRANDARIZ, J. A., ¿Historia de dos continentes? Análisis comparativo del reciente descenso de la población penitenciaria en EE. UU. y España, *Studi sulla Questione Criminale*, n.º XII(1-2), 2017, pp. 151-169; CID MOLINÉ, J., El futuro de la prisión en España, *Revista Española de Investigación Criminológica*, n.º 18(1), 2020, pp. 1-32; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, I., Aumento de presos y Código penal: Una explicación insuficiente, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 13-04, 2011; SERRANO MAÍLLO, A., *La evolución del encarcelamiento en España: Un estudio de series temporales*, Barcelona, Bosch, 2021.

II. CAMBIO CLIMÁTICO ¿QUÉ CAMBIO CLIMÁTICO?

Como se acaba de apuntar, la literatura político-criminal, que se centra en el análisis de los cambios en materia normativa, no permite constatar si y en qué medida se está produciendo un giro en la punitividad estatal y pública. El CP español se ha reformado nada menos que 50 veces desde su entrada en vigor en mayo de 1996⁶. Además, resulta llamativo que el ritmo de las reformas se ha acelerado en el pasado reciente. En la XIV y última legislatura estatal –más en concreto, en el trienio 2020-2023– se han producido 18 de esas 50 reformas. En ese contexto, no es de extrañar que las Cortes Generales registrasen 39 proyectos y proposiciones de ley de reforma del CP en esa legislatura⁷.

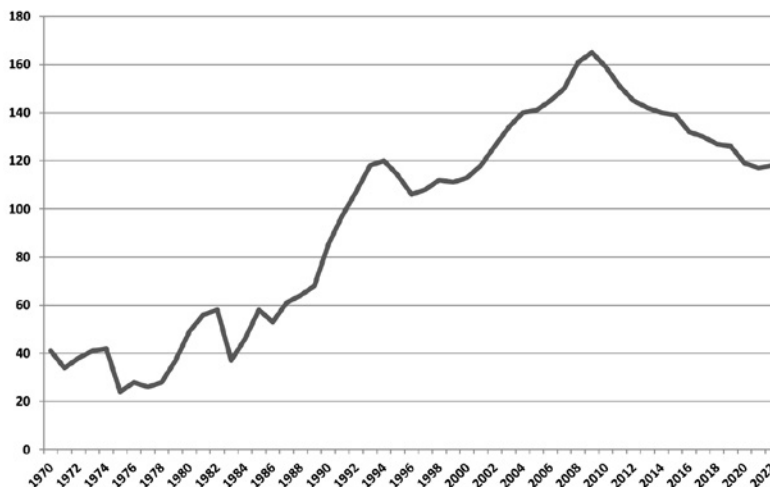
Aunque la crisis del bipartidismo ha multiplicado el número de modificaciones del CP, toda vez que ha dificultado sobremanera la aprobación de reformas penales de amplio alcance como las que eran frecuentes hasta 2015, las cifras mencionadas no permiten pensar que se esté dando nada semejante a un enfriamiento del clima penal. Por el contrario, los actores políticos parecen tan interesados en las reformas jurídico-penales como nunca. Si bien se ha reforzado progresivamente el carácter tecnocrático de las modificaciones legislativas, cada vez más condicionadas por las innovaciones del Derecho de la UE, cabría pensar que ese interés de los partidos no es sino reflejo del mantenimiento de la preocupación por la materia por parte de la colectividad.

En suma, ningún cambio de tendencia por lo que se refiere al campo político-legislativo. Hay otro indicador, en cambio, que muestra que, más allá del ámbito de las propuestas de reforma, algo está cambiando en el sistema penal español, y lo está haciendo de forma muy relevante.

⁶ Fuente: BOE. Vid. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444> (último acceso: 11 de agosto de 2023).

⁷ Fuente: Congreso de los Diputados. Vid. <https://www.congreso.es/es/busqueda-de-iniciativas> (último acceso: 11 de agosto de 2023).

Gráfico n.º 1: Tasa de encarcelamiento, España, 1970-2022⁸



Como muestra el gráfico n.º 1, el sistema penal español vive un insólito proceso de caída de la población penitenciaria que dura más de una década. En mayo de 2010 se alcanzó el máximo de presos en España desde 1942, año en que comenzó el declive del encarcelamiento masivo posterior a la guerra civil. Desde aquel momento, la población penitenciaria ha descendido de forma constante, con la salvedad de un pequeño repunte post-pandemia en 2022 –como ha sucedido en muchos otros países– (fuentes: SGIP, INE)⁹. Durante este periodo de contracción penitenciaria, la tasa de encarcelamiento disminuyó un 28,5 % entre mayo de 2010 y diciembre de 2022.

Ciertamente, podría entenderse que la dimensión de este descenso es más bien moderada. No obstante, al menos dos cuestiones ponen de relieve la trascendencia del cambio presente. En primer lugar, no se trata de un cambio efímero: la última vez en que el sistema penal español vivió un descenso de la población penitenciaria de más de 10 años fue a finales de los años '50¹⁰. En

⁸ Fuentes: CARRERAS, A./TAFUNELL, X. (Eds.), *Estadísticas históricas de España: Siglos XIX-XX*, 2.ª ed., Bilbao, Fundación BBVA, 2005; Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (SGIP), <http://www.institucionpenitenciaria.es/> (último acceso: 14 de agosto de 2023); Instituto Nacional de Estadística (INE), https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177095&menu=ultiDatos&idp=1254735572981 (último acceso: 14 de agosto de 2023).

⁹ En todo caso, el incremento del número de presos en 2022 fue más bien insignificante. La tasa de encarcelamiento disminuyó de 126 presos por cada 100.000 habitantes en 2019 a 119 en 2020 y 117 en 2021, antes de ascender a 118 presos por cada 100.000 habitantes en 2022.

¹⁰ Vid. CARRERAS, A./TAFUNELL, X. (Eds.), *Estadísticas...* cit.

segundo lugar, antes del inesperado cambio de tendencia en 2010, el sistema penitenciario español había establecido récords en términos de expansión (vid. gráfico n.º 1 *supra*). En efecto, la tasa de encarcelamiento había crecido un 687,5% –esto es, se había multiplicado casi por ocho– en apenas 34 años, desde el mínimo de 24 presos por cada 100.000 habitantes que se registró en 1975, el año de la muerte de Franco, hasta el máximo de 165 alcanzado en 2009¹¹.

En consecuencia, hay buenas razones para entender que, con independencia de la intensidad de lo que sucede en el ámbito legislativo, el sistema penal español está viviendo una transformación de relevancia en términos de su severidad. Frente a lo que podría pensarse, el menor uso de la prisión no se ha visto compensado por el recurso creciente a las penas no privativas de libertad. En realidad, el actual ciclo de contracción penitenciaria no tiene que ver con cuestiones de capacidad del sistema penal. En efecto, el número de personas detenidas y condenadas, así como el volumen de penas de prisión impuestas, se han mantenido sustancialmente estables desde finales de la primera década del siglo¹². Con todo, hay un dato de relevancia que no puede obviarse en este panorama de estabilidad. La reforma de los delitos de tráfico de drogas llevada a cabo por la LO 5/2010 redujo de manera significativa las penas de prisión superiores a 2 años y, con ello, determinó la expansión de la suspensión condicional¹³. Como es lógico, esta mutación ha tenido un notable impacto en términos de ingresos en prisión, que han descendido un 28,24% entre 2010-2019¹⁴. En síntesis, el relanzamiento de la suspensión condicional que supuso la reforma de 2010 permitió la reducción del uso de la prisión sin que se haya

¹¹ Cfr. BRANDARIZ, J. A., *An enduring sovereign mode of punishment: Post-dictatorial penal policies in Spain*, *Punishment & Society*, n.º 20(3), 2018, pp. 308-328; GONZÁLEZ-SÁNCHEZ, I., *Neoliberalismo y castigo*, Manresa, Bellaterra, 2021; JIMÉNEZ FRANCO, D., (2016) *Mercado-Estado-Cárcel en la democracia neoliberal española*, Barcelona, Anthropos, 2016.

¹² Fuentes: INE, https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176793&menu=ultiDatos&idp=1254735573206 (último acceso: 16 de agosto de 2023); Ministerio del Interior, <https://www.interior.gob.es/opencms/es/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/anuarios-y-estadisticas/anuarios-estadisticos-antiguos/> (último acceso: 16 de agosto de 2023).

Aunque el número de personas condenadas se han mantenido al alza durante los últimos tres lustros, la reforma del CP operada por la LO 1/2015, que supuso la tipificación de un cierto número de faltas como delitos, impone cautelas a la hora de comparar los datos de condena anteriores y posteriores a tal reforma.

¹³ Vid. BLAY GIL, E./VARONA GÓMEZ, D., *El castigo en la España del siglo XXI: Cartografiando el iceberg de la penalidad*, *Política criminal*, n.º 16(31), 2021, pp. 115-145; DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *Ejecución de penas en España: La reinserción social en retirada*, Granada, Comares, 2016; VARONA GÓMEZ, D., *El Sistema Punitivo Español*, Barcelona, Atelier, 2023.

¹⁴ Fuente: SPACE I. Consejo de Europa, <https://wp.unil.ch/space/space-i/annual-reports/> (último acceso: 14 de agosto de 2023). Cfr. CID MOLINÉ, J., *El futuro...cit.*; VARONA GÓMEZ, D., *El Sistema...cit.*

Frente al comentado descenso del número de ingresos, la duración media del encarcelamiento no parece haber jugado ningún papel en la contracción penitenciaria, ya que se ha mantenido al alza desde hace más de una década (fuente: SPACE I; cfr. CID MOLINÉ, J., *El futuro...cit.*).

producido un relevante efecto de ampliación de la red (*net widening*), derivado del mayor recurso a las penas no privativas de libertad¹⁵.

En suma, desde hace más de una década se ha producido una apreciable disminución de la punitividad estatal, esto es, de la severidad del sistema penal. Si este fenómeno se deriva de un verdadero cambio de ciclo, o cambio climático, en materia punitiva es un interrogante que se afronta en el siguiente epígrafe¹⁶.

III. ANALIZANDO EL CAMBIO CLIMÁTICO EN EL SISTEMA PENAL ESPAÑOL

En línea de principio, no parece sencillo analizar si el descenso sostenido de las tasas de encarcelamiento es reflejo de un verdadero cambio climático en relación con el delito y el castigo en el caso español. No resulta evidente cuáles son los indicadores que han de permitir medir ese hipotético cambio de tendencia, sin perjuicio de lo que se dirá *infra* sobre la punitividad pública y el temor y la preocupación por el delito. Por otra parte, una transformación de relevancia se compone de cambios menores cotidianos que son difícilmente perceptibles, por lo que se requiere un análisis diacrónico de cierta duración, que no siempre resulta fácil. A mayor abundamiento, el posible declive del populismo punitivo no queda evidenciado por la emergencia de un discurso público alternativo, sea en clave garantista o, en general, de contracción del poder penal. Nada de ello ha sucedido en el caso español. El hipotético cambio de tendencia se habría verificado, en su caso, sin un cambio relevante en los discursos públicos. Como se verá *infra*, esta circunstancia seguramente ha favorecido la consolidación de un nuevo tiempo en términos de punitividad, pero en todo caso dificulta cualquier indagación sobre lo que ha sucedido en el campo de la penalidad.

Aun con todos estos escollos, cabe afirmar que la contracción penitenciaria a la que se ha hecho referencia es síntoma de un verdadero cambio de ciclo

¹⁵ Vid. Ruiz Morales, L. M., La evolución de la población reclusa Española en los últimos treinta años: una explicación integral, Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, n.º LXXI, 2018, pp. 403-490.

¹⁶ Al margen de lo que ya se ha apuntado sobre la modificación de los delitos de tráfico de drogas por parte de la LO 5/2010, este capítulo no se dedica al estudio de las reformas penales concretas que han permitido la contracción penitenciaria, sino al análisis de los factores meta-normativos o de contexto (*background causes*, en la terminología de GARLAND, D., Penalty and the penal state, Criminology, n.º 51(3), 2013, pp. 475-517) que la han favorecido, un aspecto fundamental que no se ha tratado en la literatura española. Sobre las reformas concretas, vid., entre otros, BRANDARIZ, J. A., ¿Historia...cit.; VARONA GÓMEZ, D., El Sistema...cit.

en materia penal en España que, vale la pena adelantarlo, se deriva fundamentalmente de una creciente apatía de la colectividad ante el delito y el castigo, que ha tenido un impacto claro en el campo político, reforzado por la emergencia de nuevas gramáticas políticas en las que la criminalidad tiene menor relevancia que en el pasado. El resto de este epígrafe se dedica a diseccionar con atención este proceso.

El descenso de las tasas de encarcelamiento desde el final de la primera década del siglo se ha producido en múltiples países del norte global¹⁷. Sin embargo, este fenómeno apenas ha sido objeto de atención por parte de la literatura académica. La excepción es EE.UU., donde existe una importante producción bibliográfica sobre la contracción penitenciaria¹⁸. Precisamente esta literatura ha enfatizado que uno de los factores fundamentales que ha favorecido el descenso en el uso de la prisión y, en último término, un cambio climático en el sistema penal estadounidense es el descenso en las tasas de criminalidad –incluidas las de criminalidad violenta– que se vive en el conjunto de los países del norte global desde hace décadas¹⁹, una perspectiva que comparten los pocos trabajos que analizan el actual fenómeno de descarceración en el contexto europeo²⁰.

Ciertamente, esta hipótesis también parece tener sentido en el caso europeo y –específicamente– español, donde se ha vivido un proceso semejante de descenso de la criminalidad²¹. Si bien se trata de un fenómeno de mayor alcance temporal, los datos de Eurostat²² muestran una tendencia clara a la reducción de las tasas de criminalidad en España en los años '10. En concreto, la tasa de homicidio descendió un 17,4% entre 2010-2019, mientras que las de

¹⁷ Vid. BRANDARIZ, J. A., *Beyond the austerity-driven hypothesis: Political economic theses on penalty and the recent prison population decline*, *European Journal of Criminology*, n.º 19(3), 2022, pp. 349-367.

¹⁸ Vid., por todos, AVIRAM, H., *Cheap on Crime Recession-Era Politics and the Transformation of American Punishment*, Oakland, University of California Press, 2015; BECKETT, K., *Ending Mass Incarceration: Why it Persists and How to Achieve Meaningful Reform*, New York, Oxford University Press, 2022; PFAFF, J. F., *Locked In: The True Causes of Mass Incarceration and How to Achieve Real Reform*, New York, Basic Books, 2017; ZIMRING, F. E., *The Insidious Momentum of American Mass Incarceration*, New York, Oxford University Press, 2020.

¹⁹ Cfr., entre muchos otros, AVIRAM, H., *Cheap...*cit.; CLEAR, T. R./FROST, N. A., *The Punishment Imperative*, New York, New York University Press, 2014; DAGAN, D./TELES, S. M., *Prison Break: Why Conservatives Turned Against Mass Incarceration*, New York, Oxford University Press, 2016.

²⁰ Cfr. BOONE, M./PAKES, F./VAN WINGERDEN, S., *Explaining the collapse of the prison population in the Netherlands: Testing the theories*, *European Journal of Criminology*, n.º 19(4), 2022, pp. 488-505; DÜNKEL, F., *European penology: The rise and fall of prison population rates in Europe in times of migrant crises and terrorism*, *European Journal of Criminology*, n.º 14(6), 2017, pp. 629-653; VAN SWAANINGEN, R., *Reversing the punitive turn: The case of the Netherlands*, En: DAEMS, T./VAN ZYL SMIT, D./SNACKEN, S. (Eds.), *European Penology?* Portland, Hart, 2013, pp. 339-359.

²¹ Vid. CID MOLINÉ, J., *El futuro...*cit.; RUIZ MORALES, L. M., *La evolución...*cit.; VARONA GÓMEZ, D., *El Sistema...*cit.

²² Vid. <https://ec.europa.eu/eurostat/web/crime/database> (último acceso: 15 de agosto de 2023).

lesiones, robo violento o intimidatorio y robo con fuerza en morada o establecimiento (*burglary*) lo hicieron entre 20-30 % en el mismo periodo. En línea con la tendencia continental, las únicas excepciones han sido los delitos sexuales y los de drogas que, no obstante, en términos generales crecieron en España menos que en el conjunto de la UE²³.

Un descenso de las tasas de delito que, en España como en otros países de Europa, se prolonga desde hace al menos dos décadas ha sentado las bases para que pueda producirse un cambio en el clima penal. No obstante, carece de sentido ver en este punto un proceso de causación, esto es, entender que la reducción de las tasas delictivas ha determinado la reducción en el uso de la prisión. En términos empíricos, es evidente que semejante proceso causal no ha tenido lugar, porque –como ya se ha apuntado– el número de personas detenidas y condenadas no ha disminuido, a pesar del descenso de las tasas de delito. En términos más genéricos, la literatura criminológica y los estudios de pena y sociedad han demostrado que el nivel de punitividad de un determinado sistema penal no depende unilateralmente de la cantidad y tipo de criminalidad²⁴. En realidad, se da una cierta conexión entre criminalidad y punitividad, pero se trata de una relación, como señala GARLAND²⁵, de «autonomía relativa».

A mayor abundamiento, la caída del delito no tendría capacidad, por sí sola, para producir un verdadero cambio de ciclo en términos de punitividad estatal y pública. Por ello, hablando en términos de clima penal, el papel jugado por la evolución de la delincuencia ha de analizarse en un marco más complejo. En realidad, un descenso de la delincuencia cuantitativamente significativo y de largo alcance temporal como el que se ha vivido en diversas regiones del norte global ha incidido sobre la forma en la que los diversos actores sociales construyen –de forma agonística²⁶– las representaciones colectivas sobre el delito y el castigo y actúan en consecuencia. Dicho de otro modo, recuperando la tesis de GARLAND sobre la cultura punitiva de las sociedades con altas tasas

²³ Los delitos de drogas ascendieron en España un 14,4% entre 2010-2019, mientras que las agresiones sexuales y la violación lo hicieron, respectivamente, un 31,9% y un 17,7% en el mismo periodo. Si bien los datos de Eurostat muestran que los hurtos se incrementaron un 20,4% entre 2010-2019, la fiabilidad de estos datos está puesta en cuestión por la reforma de la LO 1/2015, que transformó faltas de hurto en delitos, alterando sustancialmente la forma de contabilización de estos delitos patrimoniales.

²⁴ Vid., por todos, MELOSSI, D., *Punishment and Social Action: Changing Vocabularies of Punitive Motive within a Political Business Cycle*, *Current Perspectives in Social Theory*, n.º 6, 1985, pp. 169-197; TONRY, M., *Thinking about Crime*, New York, Oxford University Press, 2004.

²⁵ Cfr. GARLAND, D., *Theoretical advances and problems in the sociology of punishment*, *Punishment & Society*, n.º 20(1), 2018, pp. 8-33.

²⁶ Vid. GOODMAN, M., /PAGE, J./PHELPS, M., *Breaking the Pendulum: The Long Struggle Over Criminal Justice*, New York, Oxford University Press, 2017.

de delito²⁷, puede concluirse que el descenso de la criminalidad ha impactado de manera muy relevante sobre el rol que juega la delincuencia en términos de preocupaciones, malestares y hábitos colectivos.

El desarrollo de esta tesis exige, en primer término, prestar atención a la punitividad pública o colectiva. En efecto, la literatura norteamericana sobre la contracción de la prisión destaca que el descenso de la punitividad pública, esto es, de la demanda y el deseo de severidad penal, ha contribuido sobremedida al actual escenario punitivo²⁸. En el caso español no existen indicadores que permitan medir con precisión la evolución de la punitividad pública o –incluso– del miedo al delito²⁹. Sin embargo, hay varios indicadores que permiten evaluar el cambio en la relación de la sociedad española con la criminalidad desde la perspectiva de la preocupación por el delito. En este sentido, el *Eurobarometer* muestra con claridad que el porcentaje de personas residentes en España que considera la delincuencia como un problema colectivo relevante –medido a partir de la cantidad de personas entrevistadas que la seleccionan como uno de los dos principales problemas del país– ha ido descendiendo con claridad desde finales de los años '00³⁰. Más aún, ese porcentaje se ha mantenido muy por debajo de la media de la UE durante toda la década pasada³¹. Este declive de la preocupación por las cuestiones de ley y orden y, más en concreto, por el delito se ve con mayor claridad aún en los barómetros del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS)³². Incluso sin considerar los altísimos niveles de preocupación que mostraba la sociedad por cuestiones como la inseguridad ciudadana, las drogas o el terrorismo en los años '80 y '90,

²⁷ Cfr. GARLAND, D., *The culture of high crime societies*, *British Journal of Criminology*, n.º 40(3), 2000, pp. 347-375; GARLAND, D., *La Cultura...* cit.; GARLAND, D., *High crime societies and cultures of control*, *Kriminologisches Journal*, n.º 39(9), 2007, pp. 231-249.

²⁸ Vid. CLEAR, T. R./FROST, N. A., *The Punishment...* cit.; GOTTSCHALK, M., *Caught: The Prison State and the Lockdown of American Politics*, Princeton, Princeton University Press, 2015; PFAFF, J. F., *Locked...* cit.

²⁹ Vid, no obstante, el indicador *quality of life* de Eurostat (<https://ec.europa.eu/eurostat/web/quality-of-life/database>; último acceso: 15 de agosto de 2023), que muestra que el miedo al delito se ha mantenido sustancialmente a la baja, y claramente por debajo de la media de la UE, durante los años '10. Sobre la punitividad pública en España, vid. asimismo VARONA, D., *El debate ciudadano sobre la justicia penal y el castigo: Razón y emoción en el camino hacia un derecho penal democrático*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

³⁰ Vid. <https://europa.eu/eurobarometer/surveys/browse/all/series/4961> (último acceso: 15 de agosto de 2023). En concreto, ese porcentaje se redujo de 13,7% (2007-2009) a 6,7% (2017-2019).

³¹ La media de la UE fue de 10,3% entre 2010-2019, mientras que la media española fue de 5,7% en el mismo periodo.

³² Vid. https://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Indicadores/documentos_html/Tres-Problemas.html (último acceso: 15 de agosto de 2023).

puede verse que la relevancia que se le otorga a esos problemas colectivos se ha desplomado en las dos últimas décadas³³.

En síntesis, en el pasado reciente se ha producido un cambio muy notable en la relación de la sociedad española con la delincuencia. El alcance de esta transformación abona hablar de un enfriamiento del clima penal. No obstante, antes de arribar a esa conclusión procede ver cómo ha impactado este cambio sobre el campo político. Dicho en otros términos, corresponde indagar si, cómo y en qué medida ha cambiado la capacidad del delito y de la pena para politizar los malestares colectivos.

En este sentido, en su trabajo sobre la violencia criminal en Sudáfrica, Jean COMAROFF y John COMAROFF afirman con rotundidad que la delincuencia es «*un significativo maestro para el diagnóstico de las divisiones sociales, los conflictos, las diferencias y el desorden*»³⁴. El interrogante es si esa perspectiva puede sostenerse también en relación con sociedades del norte global como la española, que llevan décadas viviendo un contexto favorable en términos de evolución de la delincuencia. Las referencias previamente mencionadas en relación con la preocupación por el delito parecerían abonar una respuesta negativa a ese interrogante. En efecto, en el contexto español la capacidad del delito para operar como significativo maestro o símbolo de condensación de otros malestares colectivos parece claramente puesta en conexión. No puede ser de otro modo, toda vez que los indicadores disponibles muestran un declive del interés de la sociedad española por las cuestiones criminales.

Resultaría lógico que semejante proceso, en la medida en que ha ido consolidándose desde hace tiempo, haya tenido influencia sobre el campo político, en el sentido de que las ofertas en clave de populismo punitivo tengan cada vez menos utilidad en términos electorales³⁵. En este sentido apuntan los datos del *Manifesto Project* (en adelante, Marpor), una completa base de datos que construye indicadores sobre los temas objeto de interés de los partidos políticos a partir del análisis de sus programas electorales³⁶. Una

³³ Dejando al margen la etapa de la pandemia, el porcentaje de personas que seleccionaron la inseguridad ciudadana como uno de los tres principales problemas colectivos en las encuestas mensuales del CIS se redujo de 17,5% entre 2001-2005 a 3% entre 2015-2019. En el caso de las drogas el descenso fue del 11,1% (2001-2005) al 0,3% (2015-2019). Un descenso aún más acusado se dio en el caso del terrorismo: del 49,5% (2001-2005) al 1,9% (2015-2019).

³⁴ Cfr. COMAROFF, J./COMAROFF, J. L., *The Truth about Crime: Sovereignty, Knowledge, Social Order*, Chicago, The University of Chicago Press, 2016, p. 52.

³⁵ Vid., en una línea próxima, DAGAN, D./TELES, S. M., *Prison...cit.* Un interrogante interesante en este sentido, que no puede desarrollarse en el presente trabajo por motivos de espacio, es si puede verse la reforma de la LO 1/2015 y, sobre todo, la recuperación de la pena de prisión perpetua, como el punto de referencia del cambio de ciclo en términos de utilidad político-electoral de las medidas de populismo punitivo.

³⁶ Vid. <https://manifestoproject.wzb.eu/> (último acceso: 15 de agosto de 2023).

primera reflexión que cabe derivar de los datos del Marpor parece dar la razón a la literatura que ha destacado la extraña relación de la opinión pública y de los partidos españoles con las cuestiones delictivas, que tardaron mucho en cobrar centralidad en los debates públicos³⁷. En efecto, los partidos políticos españoles han mostrado tradicionalmente un limitado interés, en términos comparativos, por las medidas de endurecimiento del sistema penal. El correspondiente indicador del Marpor muestra que España ocupó el puesto 24 de 27 países de la UE³⁸ en este aspecto en los años '90 y '00, antes de descender al puesto 26 de 27 en los años '10.

Sin perjuicio de ello, una segunda conclusión que puede extraerse de los datos del Marpor no es menos relevante. Del mismo modo que ha sucedido en la mayor parte de los países de la UE, los partidos políticos españoles han mostrado mucho menos interés en las propuestas de endurecimiento de la severidad penal en los años '10 que en la primera década del siglo³⁹. En todo caso, el limitado interés de la política española —evidentemente, con la excepción de momentos puntuales, como el bienio 2002-2003— por las cuestiones de seguridad urbana y ley y orden se ve corroborada por otras referencias, como la *European Mayor Survey*, encuesta realizada a los alcaldes de ciudades europeas grandes y medianas en 2016⁴⁰.

En síntesis, el cambio de tendencia en relación con la delincuencia y la penalidad parece tener un reflejo claro en el campo político, en el que las propuestas de populismo punitivo parecen ir perdiendo la centralidad que tuvieron en algunos momentos del pasado. Un último aspecto que procede analizar, en aras de responder al interrogante suscitado por la afirmación de COMAROFF/COMAROFF transcrita previamente, es en qué medida el declive del interés por las cuestiones del delito y el castigo tiene que ver con la emergencia de nuevas gramáticas políticas, esto es, de nuevas formas de politizar los malestares colectivos. En este sentido, cabe observar que el periodo en el que han estado descendiendo las tasas de encarcelamiento se ha caracterizado en España por etapas de hegemonía política conservadora y otras de hegemonía política pro-

³⁷ Cfr., en este sentido, MEDINA-ARIZA, J., *Politics of crime in Spain, 1978-2004*, *Punishment & Society*, n.º 8(2), 2006, pp. 183-201.

³⁸ En esta base de datos se consideran todos los países que formaban parte de la UE hasta enero de 2020, con la excepción de Malta.

³⁹ La puntuación media de España fue 1,444 en los años '90 (media UE27: 3,342), 1,877 en los años '00 (media UE27: 4,470) y 1,378 en los años '10 (media UE27: 3,829) (fuente: Marpor).

⁴⁰ Cfr. HEINELT, H./MAGNIER, A./CABRIA, M./REYNAERT, H. (Eds.), *Political Leaders and Changing Local Democracy. The European Mayor*, London: Palgrave Macmillan, 2018; KÜBLER, D./DE MAILLARD, J., *Why European mayors emphasize urban security: Evidence from a survey in 28 European countries*, *European Journal of Criminology*, n.º 19(4), 2022, pp. 712-729.

gresista. Cabría suponer que las primeras serían más proclives a un incremento de la punitividad estatal⁴¹. Si así fuese, la etapa iniciada a finales de los años '10, caracterizada por la emergencia de una fuerza política de extrema derecha con notable relevancia electoral, debería ser terreno abonado para un nuevo auge del populismo punitivo. Paradójicamente, no ha sido así. De hecho, este es el último punto que debe considerarse a la hora de caracterizar el cambio climático en el ámbito punitivo.

No cabe duda que el auge de VOX ha tenido un notable impacto en las agendas y discursos políticos. Sin embargo, VOX ha venido operando en materia de delito y penalidad de una forma no muy diferente al gobierno de Donald Trump en el caso norteamericano. Es conocido que la administración Trump mantuvo sorprendentes ambigüedades en materia punitiva, que se plasmaron, entre otros extremos, en un importante esfuerzo despenalizador vehiculado mediante la aprobación de la *First Step Act* en diciembre de 2018⁴². La nueva *Alt Right* representada por Trump ha mostrado un claro cambio de tendencia en materia de discursos *bélicos*. Poco interesada por una guerra contra el delito y una guerra contra las drogas que muestran signos de obsolescencia y pierden su trascendencia previa como activos electorales, la nueva extrema derecha da prioridad a las denominadas *guerras culturales*, que parecen ser especialmente relevantes para su principal base electoral⁴³. En ese contexto, emergen las denominadas agendas *anti-woke*. Si se deja al margen la enorme trascendencia de las tensiones territoriales en el caso español, las propuestas y discursos de la nueva extrema derecha no parecen diferenciarse mucho de lo que se constata en el caso norteamericano. La *Alt Right* española se ha distanciado de la relevancia otorgada a las retóricas del populismo punitivo por los gobiernos de Aznar y, en mucha menor medida, de Rajoy. Probablemente ha ayudado en este sentido el hecho de que el enfriamiento del clima penal no ha dado lugar a un discurso progresista sólido contra la expansión del poder penal. Dicho de otro modo, en este terreno no hay mucha forma de librar una *guerra cultural*. Por el contrario, VOX y otras fuerzas políticas han dado enorme relevancia a cuestiones de género, LGTBIQ+ y trans y –seguramente en

⁴¹ Vid., sobre ello, SERRANO MAÍLLO, A., La evolución...cit.

⁴² Vid., en este sentido, AVIRAM, H., Are We Still Cheap on Crime? Austerity, Punitivism, and Common Sense in the Trump/Sessions/Barr Era, *Hastings Journal of Crime and Punishment*, n.º 1(1), 2020, pp. 3-31; HOPWOOD, S., The effort to reform the criminal justice system, *Yale Law Journal Forum*, n.º 128, 2019, pp. 791-817.

⁴³ Vid. BROWN, W., *In the Ruins of Neoliberalism: The Rise of Antidemocratic Politics in the West*. New York: Columbia University Press, 2019; KRZYŻANOWSKI, M./EKSTRÖM, M., The normalization of far-right populism and nativist authoritarianism: discursive practices in media, journalism and the wider public sphere/s, *Discourse & Society*, n.º 33(6), 2022, pp. 719-729.

menor medida— a cuestiones migratorias⁴⁴. En este punto se han mantenido en línea con la tendencia de los debates penales, que en los últimos años se han centrado de forma notable en cuestiones de violencia de género y violencia sexual⁴⁵. Sin perjuicio de la relevancia de este tipo de debates o de su potencialidad para generar nuevas formas (menores) de populismo punitivo, parece claro que la controversia político-criminal sobre violencia de género —aun en toda su intensidad— no tienen capacidad para activar un nuevo ciclo de expansión del poder penal de la entidad de los que se han vivido en el caso español en varios periodos del último medio siglo.

No es posible prever en este momento cómo evolucionará la profunda crisis que ha caracterizado la política española en la última década y que, entre otros efectos, ha visto emerger una nueva extrema derecha. Sin embargo, el hecho de que incluso esta posición política haya mostrado poco interés por el populismo punitivo propio del cambio de siglo —que aún goza de notable vigencia en otras latitudes, como es el caso de Sudamérica y Centroamérica— es la última evidencia del enfriamiento del clima penal en el caso español.

⁴⁴ Vid. CABEZAS, M., Silencing Feminism? Gender and the Rise of the Nationalist Far Right in Spain, *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, n.º 47(2), 2022, pp. 319-345; FERNÁNDEZ-SUÁREZ, B., Gender and Immigration in Vox: The Discourse of the Radical Right in Spain, *Migraciones*, 51, 2021, pp. 241-268; GÓMEZ VILLAR, A., *Los olvidados: Ficción de un proletariado reaccionario*, Manresa, Bellaterra, 2022.

⁴⁵ Vid., sobre ello, FARALDO CABANA, P., (en prensa) *There and back again: sex crime law reform and counterreform in Spain*.

CAPÍTULO III

¿JUSTICIA EN IGUALDAD O IGUALACIÓN CONTRA JUSTICIA?¹

BENITO DE CASTRO CID
Catedrático Emérito de Filosofía del Derecho.
UNED. Madrid

La espesa nebulosa de malentendidos, que, en mi opinión, han venido lastrando siempre los incesantes debates y guerras doctrinales sobre las metas y estrategias de avance hacia la igualdad económica, política y jurídica (de todos los *ciudadanos*, o de todos los *miembros-súbditos* de cada organización política, o de todos los *personas humanas*, o de todos los *seres sintientes*, o, incluso, de todos los *entes vivos* –terrestres o extra-terrestres–) viene presio-

¹ Deseo agradecer explícita y formalmente a los coordinadores-organizadores de este homenaje académico que tan justamente se tributa al profesor Javier De Vicente Remesal con ocasión del cumplimiento de su jubilación profesional la liberalidad con que han acogido mi deseo de unirme al brillante coro de penalistas que se han concitado para mostrarle su aprecio y afecto en tan significado momento profesional y vital. Tuve la fortuna de compartir con Javier de Vicente, durante casi tres inolvidables lustros, las ocupaciones, preocupaciones y ensoñaciones que se entrecruzan siempre en la azarosa aventura de aprender y enseñar en centros de formación universitaria que en alguna perspectiva plantean retos novedosos, como ocurría en nuestra situación y por diversos avatares en las Universidades de Salamanca y León. En ellas se inició y consolidó un tipo de relación personal-profesional bastante estrecha que, no sólo ha permanecido firme a pesar del distanciamiento físico y del implacable paso del tiempo, sino que ha ido ahondando sin pausa, como hacen las sabias raíces de los plantones de *vitis vinifera*, que ambos tanto admiramos y valoramos. Participar en este homenaje era para mí un deber académico y de amistad, y es ahora un inmerecido honor profesional y una honda satisfacción personal.

Mi torpeza al aplicar las minuciosas directrices editoriales enviadas para la elaboración de los originales ha ocasionado que el producto tipográfico final de mi articulito me parezca ahora lesivo de varios derechos de los potenciales lectores. Lo lamento, agradezco a la editorial la «plusvalía» que ha aportado a mi trabajo y presento disculpas por el desfase de los códigos tipográficos cuya gran utilidad científico-pedagógica siempre me ha sorprendido.

nando desde hace varios años el ya débil torrente de mi vieja vena filosófico-crítica hacia lo que me parece razonable ver como pródigo mapa de soluciones teóricas paradójicas y como indeseable causa de efectos sociopolíticos «perversos». Séame, pues, permitido abundar ahora en algunos cuestionamientos o denuncias que, de forma explícita o de modo indirecto, he seleccionado ya como objeto de contraste en ocasiones precedentes próximas². Creo que así, resumiéndoles inicialmente mi laborioso recorrido reflexivo sobre el tema, podré lograr más fácilmente que los sufridos lectores dispongan de un ‘mapeo’ fidedigno de cómo vengo viendo últimamente éste que considero «gran problema doctrinal y político» de cualquier ideario de igualdad universal en dignidad cívica y derechos que abrigue la pretensión de merecer ser generalmente aceptado como poseedor de suficiente consistencia lógica interna.

I. LAS PARADOJAS Y FALACIAS DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD SOCIOPOLÍTICA

Como ya escribí en otro momento³, no tengo del todo claro que exista realmente una especie de destino o «ley histórica que arrastra en forma inexorable a las sociedades hacia la igualdad». Sí reconozco que el señuelo de la igualdad ha estado balanceándose siempre a lo largo de la historia sobre el horizonte de los deseos más apremiantes que los seres humanos han intentado realizar dentro de la organización social. Pero he de constatar también que «los hombres no han sido nunca iguales», ni en el momento del nacimiento, ni tampoco, probablemente, en el bronco trance de la muerte. E intuyo que tal estado de cosas va a seguir reproduciéndose con implacable regularidad en el futuro. Por eso mantengo viva todavía la necesidad de continuar re-examinando las implicaciones ‘riesgosas’ de cuantos eslóganes o estrategias teóricas entren con «cara-de-vencedor» en el arbitrario ring de imposición dogmática de una igualdad ideológicamente alérgica a los imperativos de diferenciación.

Sigo, así, sin tener razones suficientemente convincentes para abandonar la idea expuesta hace cuatro años en «Paradojas y falacias del principio de

² De modo concentrado, en Paradojas y falacias del principio de igualdad, reflexiones publicadas en el Libro Homenaje al Profesor Diego Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario (Reus Editorial, Madrid, 2020, vol. I, pp. 93-108) y en ¿Qué igualitarismo? Reflexiones sobre algunas preguntas básicas en una teoría coherente del principio de igualdad, análisis incluido en el libro Estudios en Homenaje al Profesor Narciso Martínez Morán (Editorial Universitas, Madrid, 2021, vol. I, pp. 57-81)

³ ¿Qué igualitarismo? Reflexiones sobre algunas preguntas básicas en una teoría coherente del principio de igualdad, en Estudios en Homenaje al Profesor Narciso Martínez Morán, Editorial Universitas, Madrid, 2021, vol. I, pp. 57-58

igualdad» de que la implementación sociopolítica del postulado igualitarista parece inevitablemente condenada al acompañamiento de ciertas contradicciones o tensiones internas paradójicas especialmente relevantes en el ámbito teórico-doctrinal, en el campo de la sistematización jurídica y en el terreno de la práctica política y social.

1. Inconsistencias teórico-doctrinales

Parece, en efecto, difícilmente neutralizable la afirmación de que el ideario de la igualdad tropieza en primer lugar con una considerable debilidad dialéctica alimentada por varias inconsistencias teórico-sistémicas de las propias elaboraciones doctrinales que han venido impulsando la consolidación e implantación del ideario en sus diferentes etapas de lucha. Así, [1] la vinculación de las exigencias de igualación al *factum* (¡manifiestamente falaz!) de una total igualdad divino-natural originaria de todos los seres humanos⁴, [2] la paradójica tesis de la «discriminación positiva»⁵ y [3] las detonantes distorsiones prácticas «en el equilibrado funcionamiento de la organización social».

2. Contradicciones legislativas

Se presenta asimismo como un dato de constatación difícilmente cuestionable dentro del rastro histórico del proceso de realización del ideario de la igualdad la permanente presencia de una «profunda bipolaridad ética de principios que viene acompañando a la legislación pro-igualdad» (al menos, en los cincuenta últimos años de desarrollo), «tanto en el campo de la invasiva legis-

⁴ Tan insistente manipulación ideológica de los datos empíricos por parte de los ‘filósofos’ de la política podría ser excusada con cierta benevolencia cuando aparece contextualizada dentro de las etapas iniciales del iusnaturalismo ingenuo. Llega a ser, sin embargo, difícilmente asumible cuando su defensa tiene lugar en momentos de la historia en que ha cristalizado ya una consciencia avanzada de la diversidad constitutiva y de la permanente conflictividad mutua que separa a los seres humanos. Debe abrirse paso, por tanto, a la duda sobre el grado de legitimidad que puede atribuirse hoy a un postulado ético que contraviene las condiciones existenciales de los destinatarios de las normas. Si, en efecto (y como se considera hoy generalmente ‘demostrado’), no puede seguir manteniéndose la hipótesis de que los hombres han sido creados por un mismo Dios-padre que los hizo «a imagen y semejanza suya» ni puede creerse tampoco que descienden de un mismo y único tronco-fuente de humanidad, parece razonable exigir que los ‘filósofos’ olviden ya la vieja hipótesis-tesis de la igualdad «por naturaleza».

⁵ ¿Cómo es posible pretender justificar (¡sin sonrojo académico y ‘sensación’ de *in-dignidad* política!) las discriminaciones a través de un blanqueamiento mediado por una arbitraria caracterización previa «como técnica igualadora amparada por el contenido normativo específico del principio de igualdad» (Paradojas y falacias..., cit., p. 97).

lación supraestatal como en el cada vez más estrecho coto de los Derechos intra-estatales»⁶. Ambos campos legislativos dan generosa hospitalidad a la paradoja de incorporar, por una parte, la solemne proclamación general de la igualdad incondicionada de todos los seres humanos⁷ y, por otra, la reiterativa aprobación de estatutos diferenciales que benefician selectivamente a los miembros de muy determinados grupos particulares («mujeres», «personas con discapacidad», «niños», «migrantes», «miembros de minorías étnicas, religiosas o lingüísticas», «personas mayores», «personas vulnerables», «quienes no dispongan de recursos suficientes...»)⁸. No ha de sorprender, por tanto, que la compatibilidad de gran parte de las leyes estatales de instrumentación de la búsqueda (en-apariencia, al menos) igualación de todos los titulares del «derecho-a-ser-igual» con el fundamental principio político supra-estatal de igualdad resulte a menudo muy difícilmente acreditable.

3. **Incongruencias de la *praxis* política y social**

Menos debería sorprender sin duda, conociendo los subterráneos dinámicos que han gobernado tradicionalmente esos neblinosos «mundillos», «el torbellino de inconsecuencias en que se encuentran sumidas casi siempre las luchas políticas y sociales por la incorporación de las exigencias del principio de igualdad a las prácticas organizativas de las sociedades reales»⁹. Hay, en efecto, una constatación fáctica que se reproduce con sorprendente y sospechosa frecuencia y que debería llevarnos a replantear la mayor parte de los «tópicos» sobre los que vienen construyéndose acomodaticiamente desde hace tiempo los idearios de universal igualdad y las luchas por la progresiva igualación efectiva. Es (¡lamentablemente!) ésta: «la mayor parte de las sociedades

⁶ Paradojas y falacias..., cit., p. 101

⁷ Apoyándose generalmente en los solemnes pilares anti-discriminación del artículo 2.1 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948) de la ONU o 21 de la *Carta de los derechos fundamentales* (2000/2007) de la UE, en los que se prohíbe toda discriminación, como, por ejemplo, «la ejercida por razón del sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual».

⁸ Esta es precisamente la caótico-tempestuosa '*dana*' ética en la que parece encontrarse cómodo el actual gobierno español cuando programa su meticuloso proceso legislativo de dinamización del progreso y bienestar de los ciudadanos, deslizándose «con evidente fruición por el tambaleante tobogán del igualitarismo» y «multiplicando de forma arbitraria» (es decir, sin que exista en el ordenamiento jurídico una suficiente justificación intrasistémica) el número de leyes discriminatorias a favor de sectores de la población presuntamente necesitados de especial amparo».

⁹ Paradojas y falacias..., cit., p. 105

rescatadas de la opresión clasista vuelve a caer una y otra vez en el pozo de las desigualdades y en la tortura de una explotación inacabable»¹⁰.

Tendríamos que preguntarnos, en consecuencia, por qué ocurre esto con tan inflexible regularidad. «¿Acaso porque hay unos condicionamientos antropológicos difícilmente eliminables, tal como algunos analistas han llegado a sugerir? Es posible. ¿Acaso porque entre quienes se autoproclaman promotores desinteresados de la erradicación de las desigualdades ha habido siempre un número excesivo de demagogos y cínicos que se preocupan únicamente de conseguir su propio lucro y ventaja? Tal vez. En cualquier caso, la antítesis que encarna la conducta y la propaganda de gran parte de los igualitaristas políticamente más significados resulta abrumadora. Como resulta asimismo abrumador y desconcertante el efecto de retroalimentación social e institucional de los elitismos discriminatorios»¹¹ que están produciendo, con terca reincidencia, los ensayos de eliminación radical de los viejos privilegios de cuna, clase-social, color-de-la-piel o ‘género’ en las sociedades redimidas por las revoluciones de progreso igualitarista.

II. PREGUNTAS BÁSICAS DE UNA TEORÍA COHERENTE DEL PRINCIPIO IGUALDAD

El gran número de perplejidades y desconfianzas que seguía suscitándome la compleja tramoya de los proyectos igualitaristas de la actualidad me llevó a iniciar nuevas reflexiones y contrastes que fueron parcialmente recogidos en el ensayo «¿*Qué igualitarismo?*». En él intenté responder brevemente a varios de los interrogantes en que intuía la presencia de una mayor dosis de complejidad o desorientación. Por ejemplo, [1] la pregunta por la genealogía del ideario igualitarista, [2] la pregunta por la «naturaleza» del principio-valor igualdad, [3] la pregunta por su autonomía normativa, [4] la pregunta por el fundamento racional de su validez, [5] la pregunta por el contenido normativo y [6] la pregunta por las posibilidades de integración sistémica de los tratamientos discriminatorios «positivos».

Sospecho que en esos interrogantes subyacen aún aspectos e ‘implicancias’ cuya re-consideración puede ser *útil* para una más profunda comprensión de los ‘problemas’ de consistencia sistémica que asedian al postulado de igualdad. Resumiré, pues, algunas de las conclusiones a que fui llegando en los ‘viejos’ análisis de tales preguntas.

¹⁰ Paradojas y falacias..., cit., p. 106

¹¹ Paradojas y falacias..., cit., p. 106

1. Pregunta por la «naturaleza» del postulado de igual trato

Como ya describí en su momento, «para llegar a tener una idea medianamente clara de por qué, hasta dónde y cómo *debe desempeñar* la igualdad una función central de guía de la organización social y de las actuaciones de gobernantes y ciudadanos, es casi imprescindible decidir de forma previa *qué es* (es decir, «qué se entiende que es y cómo ha de ser llevada a la práctica») prioritariamente: ¿característica inherente al natural modo-de-ser de todos los humanos?, ¿voluntarioso ideal hipnótico de los animales humanos, como los de la metempsicosis, la inmortalidad o la resurrección?, ¿valor ético-político inmanente a la vida social, con potencial orientador universal?, ¿principio normativo desplegable en instituciones y reglas concretas?, ¿derecho fundamental de los ciudadanos?, ¿mera consigna-señuelo para confrontaciones y debates políticos?, ¿disimulado placebo dialéctico para sedar los constantes (y, al parecer, inextinguibles) conflictos de intereses que segregan los procesos de organización de la vida-en-común¹²?

Por otra parte, aunque tal hecho me resulte especialmente indeseable, mantengo la sospecha de que, en su función de referente básico de «la organización y reglamentación de las relaciones sociales, la igualdad carece radicalmente de cualquier tipo de consistencia descriptiva sólida, siendo sólo un valor o idea reguladora presupuesta, de estricta generación y desarrollo culturales, cuyo potencial vinculatorio depende siempre de la densidad que tenga en cada momento el respaldo convencional que la sostiene». Y, pese a que esto no impide, obviamente, la plena aceptación de un principio fundamental de igual trato cuyo postulado nuclear fuera que «debe tratarse siempre a todos los seres humanos según exija un mismo criterio básico de valoración y medida», sigo intuyendo que, a final de jornada, habrá que llegar a la conclusión de que será siempre la aceptación mayoritaria (fundamentada racionalmente o políticamente impuesta) de ese principio la única instancia que tendrá capacidad suficiente de habilitarlo para ‘justificar’ la acción vinculante de las leyes o normas concretas de igualdad.

¹² Que el recurso político a los sedantes (narcóticos, más bien) psicológicos se ha mantenido inexorablemente activo en todas las etapas y vicisitudes del proceso civilizatorio de las especies humanas es un dato histórico tan patente que coloca de forma automática su constatación o denuncia en el abonado terreno de los simples descubrimientos pre-científicos. Que los dogmas religioso-políticos (adecuadamente sacralizados por los interminablemente múltiples regímenes-sistemas de organización social) han ocupado siempre el primer escalón de la pirámide jerárquica de esos narcóticos es también una inapelable constatación de experiencia. Y constituye asimismo una evidencia empíricamente contrastable que todos los intentos de erradicación social de un determinado sistema de creencias religioso-políticas tienen su origen en convicciones materialmente ‘religiosas’, aplican estrategias material y formalmente ‘religiosas’ y persiguen objetivos estructuralmente ‘religiosos’ (alienación→dominio→explotación), ya que no buscan, como parecería, la superación de la necesidad del sedante religioso, sino la simple y rápida sustitución de ese sedante por otro preparado en la rebotica de su propia farmacoepia.

2. Pregunta por la autonomía normativa

¿Es el postulado de igualdad un principio ético-político dotado de fuerza prescriptiva autónoma? «Probablemente no» –escribí–, «al menos, si, como parece ocurrir, su peculiar potencial directivo viene determinado siempre por algún otro principio de superior jerarquía y más amplio alcance, tal como sostienen, por ejemplo, quienes advierten que la delimitación normativa de la igualdad ha de establecerse en última instancia frente al espejo de la Justicia»¹³.

Sería, pues, razonable pensar que «la opción teórico-práctica más plausible es la que afirma que el de igualdad no es un principio fundante primario, sino un mero principio complementario cuya fuerza constrictiva depende en buena medida de la sintonía que mantenga en cada caso con los imperativos del principio» (o principios) al que el de igualdad está subordinado¹⁴.

3. Pregunta por el fundamento racional de validez

Parece ser inexcusable que se exija a cualquier defensa crítica del principio/postulado de igualdad que dé una respuesta finalmente inobjetable al fiero interrogante radical de «¿por qué ¡igualación! y no ¡diferenciación!?». Y parece también que tal exigencia podría estar condenada a desembocar finalmente en la quiebra de fe que está llevando a su ruina definitiva a la otrora indestructible consistencia de las milenarias construcciones doctrinales del iusnaturalismo. Hoy tienen muy poca capacidad de convicción las creencias en la igualdad natural o en la unicidad de especie de todos los seres humanos¹⁵; ambos ‘tópicos’ parecen haber iniciado ya una vertiginosa y definitiva caída hacia el precipicio del olvido.

Tendremos que resignarnos, pues, al reconocimiento del carácter contrafáctico del principio ético-político de trato igual universal y a la aceptación de que su defensa sólo recuperará su sentido genuino cuando se tome conciencia de que «lo que ocurre realmente es que naturaleza y sociedad conspiran a una

¹³ Así RAWLS, J., o PÉREZ LUÑO, A. E., como detallé en la p. 68, Nota 31, de *¿Qué igualitarismo. Reflexiones...*

¹⁴ *¿Qué igualitarismo. Reflexiones...*, cit., p. 69

¹⁵ ¿No sería razonable sospechar que –como algunos heterodoxos intuyen– la tesis de la unidad específica de los animales humanos no tiene mejor fundamento que las hipotéticas doctrinas-dogma de la unidad específica de las innumerables razas de perros, caballos o moscas?

de forma implacable para mantener a los seres humanos en la servidumbre de todo tipo de desigualdades»¹⁶.

4. Pregunta por el contenido normativo del postulado de igual trato

En la perspectiva de las inquietudes que más preocupan a los ciudadanos ante el horizonte de posibilidades de acción que les abre el postulado de universal igualdad, la pregunta más apremiante es casi siempre la que se refiere a lo que ese postulado-principio les permite hacer y exigir en cada situación. Obviamente, lo que la mayor parte de «la gente» *quiere* tener claro, ante todo, es el real y efectivo contenido-alcance normativo de ese postulado. Pero ni nunca ha resultado fácil en el pasado lograrlo, ni existen signos de que llegue a serlo en un futuro próximo.

Parece, pues, inevitable resignarse a aceptar ‘deportivamente’ [¿?] esta poco optimista conclusión: «el número y la identidad de las exigencias o contenidos normativos que han sido incluidos históricamente o que podrían ser registrados hoy en la lista *oficial* de ‘haber’ de la igualdad son prácticamente indeterminables (en buena medida, por ser inicialmente «interminables»)»¹⁷.

Aunque... (¡reconozcámoslo!) resulta siempre posible recurrir a algún subterfugio dialéctico que asegure la apariencia de actuar como coartada suficiente para el blanqueamiento racional de los casi siempre «pródigos» optimismos lógicos igualitaristas¹⁸.

5. Preguntas por la integración sistémica de tratamientos discriminatorios

La dificultad de la pregunta por el alcance o contenido práctico del principio de igualdad alcanza, creo, su punto de ebullición cuando tiene que enfrentarse a los múltiples intentos de integrar dialécticamente en él la variopin-

¹⁶ ¿Qué igualitarismo? Reflexiones..., cit., p. 66. (Lo aceptó, incluso, J. J. ROUSSEAU, pese a identificarse con el dogma de la radical igualdad en que la naturaleza-Dios habían colocado originariamente a todos los hombres).

¹⁷ ¿Qué igualitarismo? Reflexiones..., cit., p.74

¹⁸ Así [¿es mi opinión! se ha llamado enfáticamente en ocasiones la atención (p. e. F. J. LAPORTA, El principio de igualdad: introducción a su análisis, Sistema, n.º 67, julio 1985, p. 14) sobre el carácter necesariamente «abierto» del principio de igualdad, como si este rasgo fuera una nota que define su peculiaridad regulativa frente a otros principios éticos. Ocurre en verdad, sin embargo, que tal principio no es ni más ni menos históricamente abierto que los ideales o principios de perfección, de justicia, de belleza, etc., o que cualesquiera otros arquetipos culturales que lleven incorporadas funciones evaluadoras.

ta variedad de exigencias de trato diferenciado reparador que se plantean en la actualidad con sorprendente frecuencia e intensidad. Parece, sin embargo, que, al menos, en principio (y también, probablemente, ¡por-principio!), «la mayoritaria traducción actual de la igualdad en clave de imparcialidad y no-discriminación cerraría automáticamente el paso a cualquier pretensión de incluir en el núcleo duro de su concepto las doctrinas o prácticas definidas por la legitimación de actuaciones tendentes a dispensar tratos de favor a un número limitado de ciudadanos, en atención a ciertos rasgos o circunstancias existenciales cuya ponderación» está explícita y literalmente vetada en los ‘libros sagrados’ del dogma *igualdad*¹⁹.

Hay, no obstante, una creciente ‘querencia’ de algunos teorizadores y de la mayoría de los ejecutores del actual ideologismo igualitarista al pleno blanqueamiento de tal desviación conceptual. Y este hecho parece reforzar la necesidad de recordar con insistencia las profundas dudas de coherencia sistémica que ha de plantear cualquier pretensión de «incluir entre las ‘competencias’ o funciones típicas primarias del principio de igualdad la tarea de buscarle coartadas sistemáticas a la aplicación de tratamientos discriminatorios, por mucha dosis de inversión y revisionismo igualitarista que quiera ponerse en las discriminaciones». A no ser –claro– que se tenga la pretensión de «travestir el significado usual de los términos hasta el punto de que sean ya capaces de dar cobertura a ensoñaciones y/o proyectos ideológicos de difícil acogida sistémica dentro de construcciones teóricas regidas por una racionalidad ética universalizable»²⁰.

III. ¿IGUALACIÓN O JUSTICIA?

¿Tiene el *principio IGUALDAD* una capacidad normativa propia y autónoma o se hace inevitable que asumamos la contrastada intuición pitagórico-aristotélica y aceptemos la conclusión de que la invocación de la igualdad ha de hacerse siempre dentro de un marco de vinculación al principio Justicia’?²¹

Creo, como he señalado ya en otra ocasión²², que es razonable mantener completamente abiertas las ventanas de la consistencia lógico-sistémica del

¹⁹ ¿Qué igualitarismo? Reflexiones..., cit., p. 77

²⁰ ¿Qué igualitarismo? Reflexiones..., cit., p. 78

²¹ Parece que la igualdad de correspondencia o trato no es más que una unidad de medida, entre otras, de la justicia de las acciones. Habrá que pensar, en consecuencia, que su intervención se da siempre *por ser* (y *en tanto en cuanto es*) función o instrumento auxiliar de justicia.

²² ¿Qué igualitarismo? Reflexiones..., cit., pp. 67-69

postulado igualdad a la gran duda de si ese principio es o no en verdad el protagonista de la película que rueda la Ética en el plató de la organización y desarrollo de la vida social o si debe ser tratado más bien como un actor subordinado de segunda línea.

1. Igualación socio-política y consistencia lógico-sistémica

En principio, la propia lógica intrasistémica del discurso impide considerar al postulado de igualación como un principio primario de organización social con *poder* suficiente para legitimar cualquier decisión de dar idéntico trato a todos los miembros de una determinada agrupación de vida o de actividad comunitaria²³. Todavía hoy, el normal sentido generalizado de lo que ‘se cree’ que es o no-es éticamente correcto suele desembocar en el ‘diagnóstico’ de que sería moralmente perverso tratar, del mismo modo y en-todo, al niño y al adulto, al enfermo y al sano, al diligente y al «chapuzas», al honesto y al delincuente, (etc.). Al menos, si «las cosas» se miran dentro de una ilación lógica que no haya sufrido traumas profundos de desintegración cultural, que sea considerada *consistente* por la mayoría de ‘pensantes’ habituales y que no se rija por presiones o impulsos nacidos en una flagrante perversión de prejuicios ideológicos.

No debe sorprender, pues, que, tanto cuando reclaman con urgencia la atención preferente y los tratamientos privilegiados de los «débiles» y «dependientes» como cuando exigen una escrupulosa ponderación-en-perspectiva de los rasgos diferenciales, los activistas de postulados igualadores terminen apoyándose póstumamente en algunas recetas del menguado patrimonio que mantiene todavía la rebotica de la ‘vieja’ virtud o principio «Justicia»²⁴.

²³ ¿Sería claramente infundada la conclusión de que los discursos de la igualdad interhumana [tanto el de la igualdad *empírica*, que las gentes normales califican de inexistente, como el de la igualdad *normativa*, que los más fantasiosos profetas-misioneros proclaman gregariamente como «más-justa y éticamente fundada»], constituyen una clara dislexia ética que terminan poniendo en evidencia varias leyes-tendencia de la estructura bio-psicológica humana. Así, por un lado, la que empuja a la búsqueda del mejor actor [utensilio, arma, veneno, médico, fontanero, mecánico o albañil...] que le ayude a resolver sus perentorias necesidades vitales. Por otro, la que alecciona desde el comienzo del propio ciclo vital en la estrategia de des-identificarse consigo mismo, aparentando ser algo diferente a lo que se es, para desorientar a cualquier posible depredador. Y también la que empuja a alcanzar siempre posiciones sociales más elevadas que las que ocupan quienes son con-vivientes en cada momento, tal como denunció la pionera C. ARENAL, no dudando en escribir que «la regla general es que el individuo, siempre que puede procura hacerse notable por alguna cosa; que si halla grados establecidos procura colocarse en los superiores, y que sólo los que están en el último piden nivelación. Hay, pues, que tener presente que en lo íntimo de la naturaleza humana existe un impulso antagónico a la igualdad: el deseo de distinguirse» (Memoria sobre la igualdad. La igualdad social y política y sus relaciones con la libertad, Ir Indo Ediciones, Vigo, 2000, p. 19).

²⁴ Se reconoce, así, con sospechosa re-incidencia, que el principio de igualdad no prohíbe *todas* las «discriminaciones», sino sólo las *discriminaciones injustas* («infundadas», «no-razonables», «lesivas de

¿No implica este hecho la aceptación de que el postulado de igualación no es en realidad un principio ético primario, sino una regla-de-actuación secundaria cuya validez y eficiencia están sustentadas (al menos, en fase hipotética) por las exigencias-prescripción de ese ‘superior’ principio-valor?

2. La igualdad-mito

Prestar atención en la actualidad a la tarea de desvelar la presencia de algún tipo de desviación o simple fallo de cálculo en las construcciones teóricas o en las medidas jurídico-políticas cuya confesada misión se centra en alcanzar la rápida igualación elevadora de los miembros de ciertos grupos o colectivos socio-económicos implica inevitables riesgos de relativa incomodidad²⁵. Al menos en el ámbito psicológico inmediato. Y no es decisivo, para ese efecto, que tales grupos y colectivos hayan conquistado el derecho a ser considerados víctimas de infra-trato en larga y solitaria batalla o que hayan sido, más bien, cuasi-pasivos beneficiarios de algún generoso ‘diagnóstico’ de-favor emitido por los apóstoles-propagandistas ‘oficiosos’ del igualitarismo.

Creo, sin embargo, que es una ocupación que no debe ser obviada en ningún intento de construcción (o reconstrucción) doctrinal cuando se tiene interés en hallar una fundamentación sólida y realista para cualquier proyecto posible de igualación. Por eso creo que es imprescindible iniciar la andadura en la convicción de que la igualdad no es un «dato» de la realidad sociocultural, sino una «ensoñación» o señuelo de la imaginación ética.

Y creo también que, dado su manifiesto carácter contra-fáctico, lo razonable es pensar que la fundamentación del principio de trato igual sólo podrá radicarse en un postulado moral presupuesto, cuya base ‘racional’ deberá estar situada, a su vez, en un arquetipo ético sostenido sólo por una *convicción* o *creencia*²⁶. Pero... ¿no ‘obliga’ esta ‘creencia’ a seguir avanzando hasta la conclusión de que la proclamada igualdad que se persigue no es realmente más

la dignidad humana»...o cualquier otro lema que mejor enmascare lingüísticamente en cada ocasión el cada vez menos disimulable «timo-de-la-estampita» lógico-ético que se pretende llevar a efecto).

²⁵ Disentir hoy de la visión ‘oficializada’ de la necesidad de igualación de los miembros de ciertos grupos o «colectivos» es tan difícil y socialmente arriesgado como, en elocuente ejemplificación, propagar el heliocentrismo en tiempos de la dogmática astronómica asumida/impuesta por la fe geo-centrista del cristianismo ingenuo (¡también, al parecer, ignorante!)

²⁶ Que será inevitablemente no-consecuencial y lógicamente ‘irracional’ (¿«por-definición»?). Es decir, efecto de una ‘arbitraria’ *decisión-de-fe*. Así que terminaría siendo también defendible la hipótesis que tan racional es postular la igualdad (arbitraria/azarosa o reglada) como exigir/imponer la discriminación (arbitraria/azarosa o reglada), según se tenga una u otra fe ideológica.

que uno-de-tantos mitos ético-políticos creados por una razón espoleada por intereses estrictamente egoístas de supremacismo?

3. ¿Igualación o Justicia?

Parece que la normal racionalidad o ‘sentido común’ del pensamiento ético conduce hasta la conclusión de que no sería lógicamente *consistente* invocar el principio de igualdad como fundamento de legitimidad del uso de tratamientos desiguales para vehicular la superación de los infra-tratos que se-entiende-que-sufren los miembros de determinados ‘colectivos’ o agrupaciones sociales. Y, tal vez, resulte también lógicamente ‘obligado’ reconocer que hay detrás (¡en sentido ‘lógico’!, claro) «un principio general cuyo dinamismo constitutivo se define por prescribir que ha de tratarse de manera igual a las personas cuando están situadas en pie de igualdad para acceder a los bienes o las cargas que se está distribuyendo y que ha de darse, en cambio, trato diferente a quienes reúnen condiciones u ocupan posiciones distintas en el derecho a recibirlos»²⁷, pues regla del trato igual y regla del trato desigual parecen ser imprescindibles para articular una regularización de la vida social en que exista equilibrio y que haga posible concitar una aceptación y conformidad de universal vigencia.

No parece, pues, razonable atribuir al principio de igualdad el papel de fuente básica de legitimación de una actuación sociopolítica que ha de ser inexcusablemente bifronte. Habría que reconocer, más bien, que ambas reglas (la del trato igual y la del tratamiento diferenciante) se rigen por las flexibles pulsiones-exigencia de otro principio ético más inclusivo, de superior rango y dotado de capacidad integradora; un principio capaz de proyectarse en el doble postulado central de tratar de manera igual a los iguales y de manera desigual a los diferentes²⁸, dando a cada uno lo que le corresponde o «es debido» conforme a las exigencias del sistema de racionalidad ética imperante en la respectiva sociedad. Ese principio ha sido tradicionalmente la Justicia y no se ha llegado aún, al parecer y a pesar de las múltiples zonas de incertidumbre-duda

²⁷ Paradojas y falacias..., cit., pp. 100-101.

²⁸ Como escribí no hace mucho (¿Qué igualitarismo? Reflexiones..., cit., p. 68, nota 33) «la mayor parte de los dramáticos conflictos ético-políticos que han sido planteados recientemente en relación con la distribución de los recursos sanitarios entre los afectados por la Covid-19 se mantiene impermeable a las soluciones ‘propias’ que ofrece el principio de igual trato de todos los ciudadanos. ¿Qué habría que contestar a preguntas tales como «¿debe aplicarse la total igualdad matemática de todos a recibir la asistencia de todos los servicios sanitarios?», «¿debe proporcionarse más bien asistencia privilegiada a los más débiles y enfermos?», «¿debe privilegiarse por encima de todo a quienes pueden garantizar los servicios esenciales de la comunidad?».

que encierra, a la formalización de un nuevo «argumento» tan convincente como para imponer su in-misericorde e in-mediata sustitución.

Pero existe sin duda la probabilidad de que esta conclusión sea de momento difícilmente conciliable con las presiones e impulsos profundos que parecen estar guiando en la actualidad a la mayoría de los ensayos empíricos de imposición de la igualdad²⁹. No en vano puede intuirse un cierto riesgo de que termine ensanchándose así la posibilidad de que llegue a producirse en tiempo no lejano algún terremoto extensamente destructivo de la feraz parcela de un incalculable número de beneficiados/as de los actuales idearios igualitaristas.

En efecto, mientras se acepte dogmáticamente la autonomía y primacía del principio-postulado de igualdad y su secuela de legitimación del recurso a la aplicación de los instrumentos de «discriminación inversa» o de «perspectiva», el quehacer racionalizador quedará reducido casi a determinar cuál ha de ser la forma de regular y organizar el funcionamiento de la vida social para conseguir ese objetivo con la máxima fidelidad a las exigencias inerciales del principio.

Ahora bien, si se aprueba la conclusión de que el principio igualdad no es más que uno de los postulados éticos contenidos en la carga prescriptiva del superior principio-valor Justicia, la tarea de racionalización del postulado de igualdad se transformará en su propia raíz. Y lo hará hasta el punto de quedar abierta a la posibilidad de que las reflexiones terminen desembocando en un dogma diametralmente opuesto: el postulado de que todos los ciudadanos deben ser tratados de manera diferenciada por consideración de sus dispares condicionamientos existenciales como miembros de la sociedad (o, más simplistamente, como seres vivientes aquejados de necesidades más o menos urgentes y graves, dotados de capacidades notablemente dispares y avalados por aportaciones y méritos manifiestamente distinguibles)³⁰.

²⁹ Con la indeseable secuela de que pueda llegar a convertirse en plausible la interpretación de que, «en el fondo, de lo que se trata realmente es de decidir quién es el que «tiene la palabra» a la hora de repartir las ventajas que aporta la organización social».

³⁰ De manera más matizada en: *¿Qué igualitarismo? Reflexiones...* cit., pp. 79-80.

CAPÍTULO IV

¿FUE LA DEROGACIÓN DE LA SEDICIÓN UNA AMNISTÍA ENCUBIERTA? SOBRE EL DERECHO DE GRACIA, LA DESAPARICIÓN DE LA SEDICIÓN Y LOS CONDENADOS DEL *PROCÉS*

PATRICIA FARALDO CABANA

Catedrática de Derecho Penal. Universidade da Coruña.

Profesora adjunta, Queensland University of Technology (Australia)

I. INTRODUCCIÓN

La STS 459/2019, de 14 de octubre, condenó por delitos de sedición, en concurso medial con malversación en algunos casos, a los políticos independentistas que lideraron los sucesos de 2017 en Cataluña¹. Se les impusieron largas penas de prisión, con penas accesorias de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. Ya durante el procesamiento, diversos partidos

¹ Vid. distintas opiniones al respecto en CANCIO MELIÁ, Sedición y proporcionalidad en la STS 459/2019, en AA. VV., Una perspectiva global del Derecho Penal: Libro homenaje al profesor Dr. Joan J. Queralt Jiménez, Atelier, 2021, pp. 457-469; GARCÍA RIVAS, Luces y sombras de una sentencia histórica, Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad: REEPS, núm. 5, 2019; MUÑOZ CONDE, ¿Rebelión o sedición?: comentarios a la STS 459/2019, de 14 de octubre, en AA. VV., Libro homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario. Vol. 2, Reus, 2020, pp. 1797-1814; MUÑOZ CUESTA, El delito de sedición, protagonista del debate jurídico de la sentencia del *procés*: Comentario a STS 459/2019, de 14 de octubre (JUR 2019, 282), Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 10, 2019; QUERALT JIMÉNEZ (Dir.), La sentencia del *procés*: una aproximación académica, Atelier, 2020; y los numerosos autores de los números monográficos de El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, núms. 82-83, 2019, y de Teoría y Derecho, núm. 26, 2019.

políticos reclamaron la concesión de una amnistía como forma de normalización de la situación política de Cataluña. La exigencia de una amnistía tenía un significado político particular: la amnistía «comporta, explícita o implícitamente el reconocimiento de que los crímenes cometidos estaban, de algún modo, justificados – cuando no que simplemente no fueron realmente delictivos–»². Como apunta TAMARIT SUMALLA³, «la amnistía por delitos políticos es una manifestación de una actitud liberal que preconiza un trato favorable a esta clase de delitos en determinados contextos, como es el propio de los procesos de transición. Su razón de ser político-criminal es la de dispensar un trato indulgente respecto a quienes hubieran actuado ilegalmente por «motivos nobles» o bien en un contexto de conflicto civil y enfrentamiento recíproco o en un *status quo* en el que la participación política por medios pacíficos no era posible, como sucede en el contexto de un régimen autocrático».

La admisibilidad de la amnistía en el sistema diseñado por la Constitución española de 1978, sin embargo, era y es objeto de notables discrepancias doctrinales. El sector mayoritario parte de que la ausencia de mención expresa de la amnistía en la Constitución equivale a su prohibición⁴. Los partidarios de esta tesis suelen añadir que la Constitución debería haber prohibido expresamente la amnistía, por las mismas razones por las que ha prohibido los indultos generales (en el art. 62.i) CE), pues, se dice, carece de sentido prohibir lo menos, los indultos generales, y admitir lo más, la amnistía⁵. Otro sector, sin embargo, entiende que la ausencia de prohibición expresa, por un lado, y el genérico reconocimiento constitucional del derecho

² CHINCHÓN ÁLVAREZ, Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz: Hacia un modelo para el castigo de crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana, Parthenon, 2007, p. 459.

³ TAMARIT SUMALLA, Memoria histórica y justicia transicional en España: el tiempo como actor de la justicia penal, Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal, 2(1), 2014, p. 61.

⁴ Así, MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, Derecho Penal. Parte General, 9.ª ed., Tirant lo Blanch, 2015, p. 432; SAINZ MORENO, Efectos materiales y procesales de la amnistía: responsabilidad patrimonial de la Administración, devolución de sanciones pecuniarias, satisfacción extraprocesal de la pretensión, Revista de Administración Pública, n. 87, 1978, pp. 361-371. En esta línea, vid. ARAGÓN REYES en su prólogo a AGUADO RENEDO, Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia, Civitas, 2001, pp. 17-18, donde, en relación con el indulto, con un argumento fácilmente trasladable a la amnistía, apunta que «me parece que la división de poderes que nuestra Constitución establece, atribuyendo en exclusiva a los jueces y tribunales el poder jurisdiccional, con lo que se crea, en definitiva, una reserva de jurisdicción, sólo puede ser excepcionada si la propia Constitución ha previsto esa excepción expresamente. Es lo que ocurre con el indulto, que no podría existir, en mi opinión, si la Constitución no lo hubiera previsto».

⁵ COBO DEL ROSAL/ VIVES ANTÓN, Derecho Penal. Parte General, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, 1999, pp. 950-953; LÓPEZ AGUILAR, Una reflexión a propósito del control parlamentario del ejercicio del derecho de gracia, Revista de las Cortes Generales, n. 37, 1996, p. 334; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Una lectura crítica de la Ley del Indulto, InDret 2/2008, p. 7.

de gracia, por otro, deben conducir a la admisión de la amnistía⁶, lo mismo que, por cierto, ha ocurrido con el indulto particular, que tampoco se menciona en la Constitución⁷. Además, hay un argumento intrasistemático que permite sostener que la Constitución admite tácitamente la amnistía. El art. 87.3 CE establece la prohibición de que la iniciativa popular sea utilizada para presentar proposiciones de ley «en lo relativo a la prerrogativa de gracia». Esta alusión a la prerrogativa de gracia no puede referirse a los indultos particulares, que nada tienen que ver con la potestad legislativa, ya que los aprueba el Gobierno en Consejo de Ministros. Por tanto, hay que entender que la prerrogativa de gracia a que se refiere el artículo 87.3 CE es la amnistía, que es la única manifestación de esta prerrogativa que se reside en el poder legislativo. De este modo, la Constitución prohíbe que se presenten proposiciones de ley relativas a la amnistía mediante la iniciativa popular en materia legislativa⁸. A ello cabría añadir que la falta de mención de la amnistía entre las causas de extinción de la responsabilidad criminal puede entenderse como una economía impuesta por la obviedad de que el Código Penal no puede condicionar el contenido y alcance de la ley en la que necesariamente debe formalizarse toda amnistía.

En cualquier caso, la existencia de esta disparidad de opiniones en cuanto a la admisibilidad de la amnistía contribuye a explicar que se optara, finalmente, por otorgar indultos particulares a los nueve líderes independentistas condenados (Reales Decretos 456 a 464/2021, de 22 de junio, publicados en el BOE de 23 de junio de 2021). Son indultos parciales, pues solo se indulta la pena privativa de libertad pendiente de cumplimiento, con la condición de no volver a cometer un delito grave en un plazo que oscila, según los casos, entre tres y seis años. El artículo 6 de la Ley de 18 de junio de 1870 estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto dispone que el indulto de la pena principal se extiende a las accesorias, con excepción de las inhabilitaciones

⁶ Por todos, AGUADO RENEDO, Problemas constitucionales, pp. 74 ss.; CORCOY BIDASOLO, Art. 130, en CORCOY BIDASOLO/ MIR PUIG (Dirs.), Comentarios al Código Penal, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 462-463; GARCÍA MAHAMUT, El indulto. Un análisis jurídico-constitucional, Marcial Pons, 2004, pp. 85-91; LANDROVE DÍAZ, Las consecuencias jurídicas del delito, 6.ª ed., Tecnos, 2005, p. 141; LINDE PANIAGUA, La clemencia (amnistía e indulto) a la luz de la jurisprudencia de los Tribunales Supremo y Constitucional y del Código Penal de 1995, Boletín del Ministerio de Justicia, n. 1823, 1998, pp. 1413-1428; LOZANO CUTANDA, El indulto y la amnistía ante la Constitución, en AA. VV., Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría. Tomo II, Civitas, 1991, pp. 1037-1039; MIR PUIG, Derecho Penal. Parte General, 10.ª ed., Reppertor, 2015, 33/16; QUINTERO OLIVARES, Manual de Derecho Penal. Parte General, 2.ª ed., Elcano, 2000, p. 764.

⁷ Como ha puesto de manifiesto GARCÍA MAHAMUT, El indulto, pp. 60-65, 71.

⁸ En este sentido, cfr. LINDE PANIAGUA, Amnistía e indulto en la Constitución española de 1978, Revista de Derecho Político, n. 2, 1978, p. 68.

para cargos públicos y derechos políticos, que solo resultan indultadas si se recoge así expresamente, cosa que no ocurrió en los casos que nos ocupan. El indulto particular no implica modificación alguna de la normativa sancionadora que se aplicó a las personas condenadas, ni que se rectifique por circunstancia alguna la calificación que merecieron las acciones u omisiones que determinaron la imposición de la correspondiente sanción. Simplemente se considera que existen motivos de utilidad pública que justificarían, en estos casos, la extinción de la parte de la pena de prisión pendiente de cumplimiento. Por tanto, los nueve líderes independentistas condenados continuaron afectados por las penas accesorias de inhabilitación, mientras que los tres rebeldes que se habían sustraído a la acción de la justicia siguieron procesados⁹, lo que no satisfizo a sus partidos políticos. La presión ejercida sobre el Gobierno ha llevado a la aprobación de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso. Entre otras modificaciones, esta ley deroga el delito de sedición y reforma en profundidad los delitos de desórdenes públicos, creando un tipo agravado en el que, en opinión del legislador, habrían de encajar las conductas antes tipificadas como sediciosas. Como veremos, la reforma ha tenido algunas consecuencias inesperadas para el legislador, que afectan a la respuesta que haya que dar a la pregunta planteada en el título de este trabajo.

II. LAS RAZONES DE LA DEROGACIÓN DE LA SEDICIÓN

El delito de sedición tenía una larga tradición en la Codificación penal española. Aparece ya en el Código Penal de 1822, concretamente en el título III de la Parte primera, bajo la rúbrica «De los delitos contra la seguridad interior del Estado, y contra la tranquilidad y orden público». Desde entonces, la conducta típica de este delito se ha descrito como un alzamiento para la consecución de ciertos objetivos. Ya el artículo 250 del Código Penal de 1870 consideraba reos de este delito a los que se alzaren pública y tumultuariamente para conseguir por la fuerza o fuera de las vías legales determinados objeti-

⁹ El indulto particular solo se aplica cuando el beneficiario ha sido condenado por sentencia firme y está a disposición del juez o tribunal sentenciador para el cumplimiento de la condena. De acuerdo con el artículo 2 de la Ley del Indulto de 1870, no pueden ser indultados «1.º Los procesados criminalmente que no hubieren sido aún condenados por sentencia firme... 2.º Los que no estuvieren a disposición del Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la condena...».

vos, tal y como hacía el artículo 544 del Código Penal de 1995, cuya novedad más importante consistió en la ubicación de la sedición entre los delitos contra el orden público¹⁰, además de ciertas variaciones en cuanto a los objetivos concretos que debía perseguir el alzamiento. Hasta la reforma de 2022 se mantenía prácticamente inalterada, pues, la redacción original de este delito decimonónico, al igual que la elevada cuantía de sus penas. El Preámbulo de la LO 14/2022 da tres razones para su derogación:

– Por un lado, «los graves problemas de interpretación que se derivan de la difícil delimitación del tipo penal y de la confusa definición de la conducta típica», pues la doctrina, se dice, habría criticado «la falta de claridad acerca del contenido y alcance del tipo delictivo de sedición, circunstancia esta que opera en contra del mandato de certeza propio del principio de legalidad penal».

– Por otro, «el hecho de que la comisión de este delito puede presentarse vinculada en su desarrollo al ejercicio de derechos y libertades fundamentales como el derecho de reunión o la libertad de expresión. Conviene, en este sentido, evitar un posible efecto disuasorio sobre el ejercicio de tales derechos y libertades constitucionales, lo que hace particularmente necesario precisar cuál es exactamente la conducta castigada y de qué forma lesiona o pone en peligro el bien penalmente protegido».

– Por último, que, «a la vista de la regulación que de estos comportamientos llevan a cabo los países con los que España comparte tradición jurídica, resultaba imprescindible revisar el tratamiento que el Código Penal español viene realizando de los delitos contra el orden público», destacando a estos efectos «la elevada gravedad de las penas previstas hasta la fecha, teniendo en cuenta no solo la amplitud con la que se define la conducta típica, sino también el marco penal en el que se mueven estos delitos en otros ordenamientos jurídicos europeos».

Cierto es que a raíz del procesamiento de los líderes independentistas hubo no poca discusión doctrinal respecto de la interpretación de los elementos típicos del delito de sedición¹¹. Ciertamente, también, que las penas eran notable-

¹⁰ Sobre el profundo significado de este cambio de ubicación, vid. REBOLLO VARGAS, Sedición (Delito de), *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 17, 2019, pp. 300-304; del mismo autor, El bien jurídico protegido en el delito de sedición: delitos contra el orden público y sedición, en Morales Prats y otros (Eds.), *Represión penal y estado de derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Aranzadi, 2018, pp. 1063-1079.

¹¹ Vid., entre otros, CANO PAÑOS, Los delitos de rebelión y sedición en el ordenamiento jurídico español y su eventual aplicación al proceso independentista catalán, *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad: REEPS*, núm. 5, 2019; COLOMER BEA, Sedición y desórdenes públicos: una propuesta de delimitación (a propósito de la imputación de los Jordis), *Diario La Ley*, núm. 9145, 2018; del

mente más elevadas que las de otros delitos de parecidas características previstos en los países de nuestro entorno socio-cultural¹², apuntándose en la doctrina el posible efecto desaliento que podían tener sobre el ejercicio de derechos fundamentales¹³. No se puede negar que ya mucho antes de los acontecimientos de 2017 se alzaban algunas voces que reclamaban una reforma del delito de sedición en el sentido que se ha producido¹⁴. Ahora bien, como veremos, el nuevo tipo agravado de los delitos de desórdenes públicos que se supone que sustituye a la sedición no se le parece mucho ni está redactado de forma que resulte fácil la interpretación de sus elementos, castigándose, eso sí, con penas notablemente inferiores a las que correspondía imponer por sedición. Estos aspectos han llevado a que las defensas de los condenados e investigados en rebeldía exijan la aplicación retroactiva de la reforma, pero también a notables discrepancias entre la fiscalía y el Tribunal Supremo en torno a cómo llevar a cabo la retroactividad. A continuación, analizamos el nuevo tipo agravado de los delitos de desórdenes públicos, con el fin de determinar si puede abarcar las conductas que antes se recogían en la sedición (apartado III), pues es relevante para después contestar a la pregunta planteada en el título (apartado IV).

mismo autor, *Perturbación del orden, rebelión y sedición*. Especial referencia al proceso catalán, en Alonso Rimo (Dir.), *Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*, Aranzadi Thomson Reuters, 2019, pp. 247-269; DE PABLO HERMIDA, *Los delitos de rebelión y sedición tras la sentencia del Proceso*, en Andújar Urrutia y otros (Coords.), *Derecho penal 2021*, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 537-552; GÓMEZ RIVERO, *Revueltas, multitudes y Derecho penal*, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 64 ss.; JAVATO MARTÍN, *El delito de sedición: Un enfoque político criminal y de derecho comparado*, CPC núm. 126, 2018, pp. 51-88; REBOLLO VARGAS, *Consideraciones y propuestas para el análisis del delito de rebelión y, en particular, del delito de sedición: bien jurídico y algunos elementos del comportamiento típico*, RDPyC, 19, 2018, pp. 139-177; SANDOVAL CORONADO, *Relación entre los delitos de sedición y rebelión*. A propósito de la función de recogida del art. 544 CP, en Alonso Rimo (Dir.), *Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*, Aranzadi Thomson Reuters, 2019, pp. 271-317.

¹² Al respecto, basten las exposiciones de CANCIO MELIÁ, *Adiós al delito de sedición*, en Acale Sánchez et al. (Coords.), *Reformas penales en la península ibérica: A «jangada de pedra»?*, BOE, 2021, pp. 246-247; y JAVATO MARTÍN, *¿Existe el delito de sedición en Alemania, Suiza y Bélgica? (A propósito del «caso Puigdemont»)*, *Diario La Ley*, núm. 9188, 1 de mayo de 2018. En el Informe de indulto de la Sala Penal del Tribunal Supremo emitido en el expediente tramitado con ocasión de la ejecutoria correspondiente a la causa especial núm. 3/20907/2017, sin embargo, se tuvieron en cuenta otros delitos distintos de los indicados por estos autores como término de la comparación con la figura española, con penas aún más bajas, lo que ha sido apoyado por un sector de la doctrina. Vid., entre otros, RAMOS TAPIA/ RUIZ ROBLEDO, *La discutible derogación de la sedición*, *Diario La Ley*, núm. 10244, 9 de marzo de 2023. Explica de forma convincente las razones por las que cabe calificar esa postura como errónea JAVATO MARTÍN, *Sobre la reforma del delito de sedición*, *Diario La Ley*, núm. 10179, 28 de noviembre de 2022.

¹³ En esta línea, entre otros, COLOMER BEA, *La doctrina del efecto desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales*, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 41, 2019, pp. 106 ss.; CUERDA ARNAU, *La sentencia del proceso*, en Penadés de la Cruz (Dir.), *Informe sobre la democracia en España 2019*, Fundación Alternativas, 2020, pp. 196-197.

¹⁴ Por ej., GARCÍA RIVAS decía que «esta figura debería desaparecer para dejar su espacio a los desórdenes públicos, pues de un desorden público se trata», en Arroyo Zapatero et al. (eds.), *Comentarios al Código Penal*, Iustel, 2007, p. 1060.

III. ¿ENCAJAN LAS CONDUCTAS ANTES SEDICIOSAS EN EL NUEVO TIPO AGRAVADO DE LOS DELITOS DE DESÓRDENES PÚBLICOS?

Los aspectos que nos interesan para analizar el encaje de las conductas sediciosas están en los apartados 1 y 2 del artículo 557. Tras la reforma, el apartado 1 contiene el tipo básico de desórdenes públicos, que se caracteriza por los siguientes elementos¹⁵:

a) La actuación en grupo, que da lugar a un delito plurisubjetivo de convergencia. El grupo no tiene que ser multitudinario, pues basta que haya una pluralidad de sujetos (la STS de 12 de febrero de 1990, *Tol2.389.720*, admite la pareja criminal), pero es consustancial a la definición de grupo que esa pluralidad forme un conjunto de personas que comparte un propósito o fin, que en este caso es la alteración de la paz pública. La concurrencia puede ser espontánea (SAP de Madrid 227/2020, de 17 de julio, *Tol8.092.401*; de Barcelona 98/2020, de 28 de febrero, *Tol7.930.575*) o improvisada (SAP de Madrid 16/2016, de 19 de febrero). En la reforma de 2022 desaparece la alusión a la actuación individual amparada en el grupo, introducida en 2015, que había suscitado numerosas críticas doctrinales por la dificultad de su delimitación¹⁶.

b) La ejecución de actos violentos o intimidatorios. Supone el uso de violencia en las personas o en las cosas o el empleo de intimidación, consistente en amenazas de ejecutar dichos actos de violencia contra las personas o las cosas. No se ha seguido la recomendación del Comité de Derechos Humanos de la ONU, en el sentido de que la violencia o intimidación se connoten con el adjetivo «grave». Tampoco es necesario que la violencia cause daños o lesiones. De hacerlo, se aplica el correspondiente concurso. Las amenazas han de reunir las características típicas exigidas en los artículos 172 y siguientes. Los actos violentos o intimidatorios permiten deslindar el delito de las infracciones administrativas graves previstas en los números 3 (consistente en «causar des-

¹⁵ Al respecto, vid. COLOMER BEA, Comentario sucinto sobre la reciente propuesta de reforma de los delitos contra el orden público, *Diario La Ley*, núm. 10176, 2022; FERNÁNDEZ ALBESA, La perpleja reforma del delito de sedición, en Simón Castellano/ Abadías Selma (Dirs.), *Cuestiones penales a debate*, Bosch, 2021, pp. 375-384; JAVATO MARTÍN, Sobre la reforma del delito de sedición, *Diario La Ley*, núm. 10183, 2022.

¹⁶ Así, entre otros, CUERDA ARNAU, Desórdenes públicos I (arts. 557.1.º y 557 bis), en González Cussac (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 1297; GARCÍA RIVAS, Desórdenes públicos, en Quintero Olivares (Dir.), *Comentarios a la Reforma penal de 2015*, Aranzadi, 2015, p. 781; GILI PASCUAL, La actuación individual pero «amparada en el grupo» en el delito de desórdenes públicos, *CPC* núm. 131, 2020, pp. 49-73; MAQUEDA ABREU, La criminalización del espacio público. El imparable ascenso de las «clases peligrosas», *RECPC*, núm. 17-12, 2015, p. 48.

órdenes en las vías, espacios o establecimientos públicos, u obstaculizar la vía pública con mobiliario urbano, vehículos, contenedores, neumáticos u otros objetos, cuando en ambos casos se ocasione una alteración grave de la seguridad ciudadana») y 4 («la perturbación del desarrollo de una reunión o manifestación lícita, cuando no constituya infracción penal») del artículo 36 de la LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. Los actos violentos o intimidatorios se deben realizar:

- 1) sobre las personas o las cosas;
- 2) obstaculizando las vías públicas ocasionando un peligro para la vida o salud de las personas; o
- 3) invadiendo instalaciones o edificios alterando gravemente el funcionamiento efectivo de servicios esenciales en esos lugares.

Como cabe observar, en la segunda modalidad es necesario que la obstaculización violenta o intimidatoria de las vías públicas cause un resultado de peligro para la vida o la salud de las personas, que no se connota, pero parece que ha de ser concreto. En la tercera modalidad, la invasión violenta o intimidatoria de instalaciones o edificios debe causar un resultado de alteración grave del funcionamiento de servicios esenciales.

c) La finalidad de alteración de la paz pública. El empleo de medios violentos o intimidatorios ha de realizarse con el fin de alterar la paz pública, entendida esta como la normalidad de la convivencia ciudadana con un uso pacífico de los derechos, especialmente los derechos fundamentales. Hasta ahora se había entendido que existe esa alteración cuando se causan lesiones a las personas, se producen daños en las propiedades (STS 1321/1999, de 27 de septiembre), se obstaculizan las vías públicas o sus accesos de manera peligrosa para los que circulen por ellos (siguiendo la doctrina sentada en la STC 59/1990, de 29 de marzo, *Tol80.351*) o se invaden instalaciones o edificios (STS 1154/2010, de 12 de enero de 2011, *Tol2.030.008*). La causación de desórdenes en el ejercicio de los derechos fundamentales de reunión y manifestación se ha excluido en ocasiones del ámbito de aplicación los desórdenes públicos, sobre la base de que el sujeto no perseguía el fin de atentar a la paz pública (STS 83/1994, de 19 de enero, *Tol404.232*; SAP de Madrid 851/2010, de 28 de julio, y 190/2017, de 31 de marzo, *Tol6.164.508*). Habrá que ponderar si es un ejercicio «legítimo» para que se aplique la causa de justificación correspondiente (SAP de Madrid 61/2016, de 19 de febrero, *Tol5.651.184*), o no lo es (STS 987/2009, de 13 de octubre, *Tol1.641.308*).

Según el apartado 2, los hechos descritos en el apartado 1 se castigan con la pena de prisión de tres a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por el mismo tiempo cuando se cometan por una multitud cuyo número, organización y propósito sean idóneos para afectar gravemente el orden público. Se configura, así, un tipo de peligro para el orden público, pues basta que se hayan dispuesto los elementos de una forma idónea para afectarlo. En efecto, no es necesario probar que efectivamente se ha producido esa alteración grave del orden público, sino que la multitud, por el número de sus integrantes, su organización y su propósito (elementos que se han de valorar conjuntamente), era objetivamente idónea para producir dicha alteración. Hay que puntualizar que esta circunstancia debe haber sido abarcada por el dolo del sujeto. Esta figura delictiva es la que pretende sustituir al derogado delito de sedición. Según el apartado VIII del Preámbulo de la LO 14/2022, «el apartado 2 describe un tipo cualificado para situaciones de excepcional capacidad para afectar la paz pública e idóneas para alterar gravemente el orden público. En este sentido, es necesario destacar el carácter excepcional del delito descrito en este segundo apartado, que no puede considerarse una mera agravación de las conductas descritas en el apartado 1 ni pretende sustituir el actual 557 bis (muy al contrario, y, como se verá más adelante, las conductas agravadas de este apartado 1 se recogen en el apartado 3 en una sucesión penal del actual 557 bis), sino un comportamiento autónomo y con elementos (número, organización y propósito de la multitud) dispuestos desde el inicio para alterar gravemente el orden público, con una intensidad notablemente mayor de la que se puede producir en la modalidad normal de desórdenes públicos regulada en el apartado 1». Ahora bien, este apartado 2 no deja clara en modo alguno esa pretendida excepcionalidad del nuevo delito, ni que no se trate de una mera agravación de las conductas descritas en el apartado 1. De hecho, se configura explícitamente como una agravación de esas conductas, gracias a la referencia a «los hechos descritos en el apartado anterior», que deben concurrir con todos los elementos que ya se han destacado, a los que se suma la necesaria existencia de una multitud con las características apuntadas. Se prescinde, por lo demás, de uno de los elementos característicos de la sedición, como era la finalidad de impedir, por la fuerza o fuera de las vías legales, la aplicación de las Leyes o a cualquier autoridad, corporación oficial o funcionario público, el legítimo ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus acuerdos, o de las resoluciones administrativas o judiciales, que queda subsumida en la idoneidad para afectar gravemente el orden público. En caso de hallarse los autores constituidos en autoridad, la pena de inhabilitación se convierte en absoluta y se impone por tiempo de seis a ocho años.

Este análisis desvela que nos encontramos, en efecto, ante un delito que no abarca el alzamiento tumultuario realizado sin violencia o intimidación, con determinados fines. A esta conclusión han llegado también los órganos judiciales que han analizado la aplicación retroactiva de la reforma. La Disposición transitoria segunda de la LO 14/2022 estableció numerosos límites a la retroactividad, partiendo el legislador de que el nuevo tipo agravado de desórdenes públicos sería aplicable retroactivamente a los condenados y procesados por sedición. No ha sido así, o al menos no de forma general. El magistrado instructor de la causa especial 3/20907/2017 seguida contra los tres procesados rebeldes, en Auto de 12 de enero de 2023, afirmó que, «para los encausados no resulta de aplicación el delito de sedición del artículo 544 del Código Penal, porque el precepto no ha visto rebajadas sus penas, sino que se ha derogado y resulta actualmente inexistente, siendo retroactivas las normas penales en lo que favorezcan al reo. Tampoco su conducta puede ser enjuiciada conforme a ninguno de los tipos penales de desorden público vigentes en el año 2017, pues todos los comportamientos que entonces se contemplaban distan de la realidad delictiva enjuiciada. Y es igualmente inviable una sanción por los tipos penales de desórdenes públicos que hoy se introducen, porque ni puede considerarse que contemplen actuaciones como la investigada, ni desde luego son aplicables a hechos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor» (FJ Primero). Frente a esta posición, los Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, en el recurso de reforma contra el Auto, coincidiendo en la apreciación de que la LO 14/2022 «ha eliminado uno de los instrumentos penales de respuesta frente las agresiones al orden constitucional, debilitando su adecuada protección», defendieron, en una posición que ha encontrado algún apoyo doctrinal¹⁷, que las conductas delictivas identificadas en los hechos probados son subsumibles «en los correspondientes tipos penales ahora vigentes, con el único límite de que las penas previstas les sean más favorables que las impuestas por la legislación derogada». Sin embargo, en el Auto 20107/2023, de 13 de febrero, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo rechazó de nuevo que la sedición pueda entenderse ahora castigada en el nuevo delito de desórdenes públicos, y advirtió que la reforma deja impunes de cara al futuro los procesos secesionistas que no vayan acompañados de actos de violencia o intimidación. Esta postura se mantiene de nuevo en el ATS 9278/2023, de 13 de junio, que indica que no cabe transformar la sedición en el delito de desórdenes públicos agravados introducido en la LO 14/2022 (art. 557 CP), pues son distintos los elementos

¹⁷ Por ej., HERNÁNDEZ ROYO, Desórdenes, desórdenes agravados y desórdenes legislativos: los efectos de la reforma de los delitos de malversación y sedición en el procés, La Ley Penal, núm. 160, 2023, p. 4.

de ambos tipos penales, siendo así que los encausados desplegaron e impulsaron una desobediencia civil y una insurrección institucional orientada a alterar el orden constitucional, sin ninguna llamada a la violencia, no unos desórdenes públicos por medio de la violencia. Por tanto, destipificación de la sedición sin posibilidad de encaje de las conductas en los delitos contra el orden público vigentes en el momento de los hechos, que no procede, y con encaje muy limitado en la nueva figura agravada de desórdenes públicos, que solo se puede aplicar a dos de los condenados respecto de los cuales se pudo probar la comisión de actos violentos o intimidatorios.

IV. ¿FUE LA DEROGACIÓN DE LA SEDICIÓN UNA AMNISTÍA ENCUBIERTA?

Dado que la reforma ha destipificado la sedición, cabe preguntarse si la derogación normativa no ha acabado produciendo una amnistía encubierta, como se ha señalado en ocasiones¹⁸. No cabe duda de que hay ciertas similitudes entre ambas. La amnistía se ha definido a veces como «una suerte de derogación retroactiva que puede afectar bien a la norma que califica a un acto como ilícito, bien a la que dispone – como consecuencia de la verificación de un acto así calificado– la imposición de una sanción», afirmándose que «supone el olvido de la comisión de un ilícito»¹⁹, una «derogación temporal o transitoria de la ley penal»²⁰. Se ha defendido, incluso, que la amnistía «no constituye el ejercicio de la prerrogativa de gracia que deriva del poder del gobierno, sino una forma de legislación penal que se caracteriza por excluir la pena con efectos retroactivos para determinados hechos punibles»²¹. En efecto, entre la amnistía y la derogación hay puntos en común, no siendo

¹⁸ Por ej., GARCÍA PAZ, La derogación del delito de sedición operada por la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, Revista jurídica de la Comunidad de Madrid, 2023, p. 2, afirma que «la derogación de tipo penal de la sedición supone *de facto* amnistiar a los sujetos activos del delito desaparecido, jurídicamente inexistente, y que han sido condenados por él».

¹⁹ REQUEJO PAGÉS, Amnistía e indulto en el constitucionalismo histórico español, Historia Constitucional, núm. 2, 2001, pp. 82-83. De derogación transitoria habla GIMENO GONZÁLEZ, La gracia de indulto, Revista de Derecho Procesal Iberoamericano, núm. 4. Madrid, 1972, p. 898, mientras que LINDE PANIGUA, Amnistía, p. 57, indica que es una derogación (transitoria o definitiva) de normas sancionadoras.

²⁰ En este sentido, vid. ya SILVELA, Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España. Tomo II, Tipografía de Manuel Gil Hernández, 1879, pp. 432-433. Más modernamente, GIL GIL, El tratamiento jurídico de los crímenes cometidos en el conflicto armado colombiano. La problemática jurídica en el marco de la dicotomía paz-justicia, en Gil Gil/ Maculan/ Ferreira (Dirs.), Colombia como nuevo modelo para la justicia de transición, IUGM, 2017, pp. 39-40.

²¹ PÉREZ DEL VALLE, Amnistía, Constitución y justicia material, Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 61, 2001, p. 194.

el menor de ellos que las dos se aprueban mediante ley. Ambas coinciden en su aplicabilidad a una generalidad de personas, sin que sea necesario mencionárselas por su nombre²². Se aplican *erga omnes*. Pero no son lo mismo. Dejando al margen la perspectiva política, a la que ya hemos aludido, la amnistía no supone la derogación transitoria ni definitiva de ninguna norma, al mantener la ilicitud en abstracto de las conductas amnistiadas. Sus efectos son, al mismo tiempo, más amplios y más reducidos que los de una derogación normativa. Más amplios, porque se actúa como si el hecho no se hubiera cometido nunca, lo que significa que se detiene inmediatamente el enjuiciamiento y cesan las medidas cautelares adoptadas, y si ya hay sentencia condenatoria se levantan *todas* las penas impuestas, con devolución de la multa si se pagó y restauración de todos los derechos de los que se privó al condenado. La amnistía produce la cancelación de antecedentes penales, mientras que se discute en la doctrina que la derogación normativa produzca la cancelación cuando los antecedentes penales estén vigentes y correspondan a sentencias firmes que no se revisan por estar ya ejecutadas²³. Pero algunos de los efectos son más reducidos que los que supone la derogación normativa. La amnistía se limita a los hechos cometidos durante el período temporal que se indique en la ley de amnistía, en cualquier caso anterior a su aprobación, ya que los que se cometan después deben seguir siendo objeto de enjuiciamiento y sanción. Por su parte, la derogación de normas sancionadoras se aplica a futuro, pero tiene aplicación retroactiva en cuanto resulte beneficiosa para el reo, como ha ocurrido en el caso del *Procés*.

V. CONCLUSIONES

Cabe concluir, en fin, que la derogación de la sedición no era, en la mente del legislador, una amnistía encubierta para los condenados y procesados del *Procés*, pero ha acabado pareciéndosele dada la postura adoptada por el Tribunal Supremo sobre la retroactividad favorable. La reforma ha tenido consecuencias inesperadas, bastante más benévolas de lo previsto, pues es evidente

²² Las amnistías individuales están prohibidas. Vid. CARRACEDO CARRASCO, Pena e indulto: una aproximación holística, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, p. 85; SOBREMONTA MARTÍNEZ, Indultos y amnistía, Universidad de Valencia, 1980, p. 53.

²³ Con amplias citas de doctrina española, vid. OLIVER CALDERÓN, Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales, Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 466-472. A mi juicio, es razonable entender, con LASCURAIN SÁNCHEZ, Retroactividad e irretroactividad de la ley penal, Revista Peruana de Ciencias Penales, núm. 31, 2017, p. 374, que «lo que el principio de proporcionalidad demanda es que la ley favorable posterior a la comisión del hecho se aplique siempre», lo que comporta la cancelación del antecedente.

que el legislador confiaba en cambiar las condenas por sedición por condenas por delitos de desórdenes públicos agravados, lo que reduciría la duración de las penas accesorias de inhabilitación absoluta o las cambiaría por inhabilitación especial. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha dado al traste con ese objetivo al declarar inaplicable la nueva figura agravada de desórdenes públicos, salvo en dos casos, y declarar extinguidas las penas accesorias de inhabilitación absoluta.

Ahora bien, con independencia de que el legislador no haya querido explicitar la motivación política que late en el fondo de la reforma operada por la LO 14/2022, las razones esgrimidas para derogar el delito de sedición y sustituirlo por un tipo agravado de desórdenes públicos no son meras excusas. Antes bien, son tesis ampliamente compartidas por buena parte de la doctrina penal, que ha hecho constante referencia tanto a las dudas interpretativas como a la desproporción de las penas. Existiendo coincidencia en cuanto a la conveniencia de la supresión del delito de sedición y la tipificación de un tipo penal más ajustado a la realidad social, se ha dejado pasar la oportunidad de crear una figura delictiva capaz de abarcar conductas de relevancia inferior al delito de rebelión, pero mayor que los delitos de desórdenes públicos o de desobediencia de autoridad o funcionario público, en la línea apuntada por el Grupo de Estudios de Política Criminal²⁴, que propuso «introducir un nuevo tipo penal en el que se castiguen los ataques graves al funcionamiento del orden constitucional democrático, que habrá de ubicarse sistemáticamente en el Capítulo relativo al delito de rebelión y otros ataques al orden constitucional democrático, dentro del título de los Delitos contra la Constitución». Mejor le habría ido al legislador de haber asumido esta propuesta.

²⁴ En GEPC, Una Propuesta Alternativa de Regulación de los Delitos contra las Instituciones del Estado, Tirant lo Blanch, 2022, p. 22. Sobre ella, vid. GARCÍA RIVAS, Una regulación alternativa de los delitos de rebelión y sedición: la propuesta del GEPC, en CARBONELL MATEU y otros (Dirs.), Derecho penal y orden constitucional: límites de los derechos políticos y reformas pendientes, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 183-209.

CAPÍTULO V

SOBRE LÍMITES CONSTITUCIONALES DE LA PUNICIÓN. A PROPÓSITO DE LA ACÓRDÃO N.º 867/2021 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÉS

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO
Catedrático de Filosofía del Derecho.
Universidad de León.
Dr. h. c. Patrono de la FICP

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA CONSTITUCIONAL

Un ciudadano fue condenado a penas de dieciséis meses de prisión por cuatro delitos agravados de maltrato de animales domésticos. Plantea recurso de inconstitucionalidad contra la norma penal que tipifica tal delito, el artículo 387, apartados 1 y 2, del Código Penal portugués, que dice así, en la redacción de 2014 que aquí importa (y que en la redacción dada por la posterior Ley 69 39/2020 tuvo cambios que no afectan al tema que aquí se plantea):

«Artigo 387º (Maus tratos a animais de companhia)

1. Quem, sem motivo legítimo, infligir dor, sofrimento ou quaisquer outros maus tratos físicos a um animal de companhia é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias.

2. Se dos factos previstos no número anterior resultar a morte do animal, a privação de importante órgão ou membro ou a afetação grave e permanente da sua capacidade de locomoção, o agente é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias».

El análisis de la constitucionalidad de tal precepto penal se hace sobre la base del apartado 2 del artículo 18 de la Constitución portuguesa, cuyo tenor es el siguiente:

«La ley sólo puede restringir los derechos, libertades y garantías en los casos previstos expresamente en la Constitución, debiendo limitarse las restricciones a lo necesario para salvaguardar otros derechos o intereses constitucionalmente protegidos¹.»

Según el Tribunal Constitucional, «el artículo 18.^a número 2 del Código Penal consagra los principios de necesidad y de proporcionalidad del Derecho penal, positivando la regla de que el Derecho penal –derecho fragmentario y de última ratio– debe tener una función de protección de bienes jurídicos».

Tal como expresa el Tribunal, en virtud de tal precepto constitucional la punición de conductas tiene su límite en «el principio de Derecho penal del bien jurídico». «Manifestación específica del imperativo de proporcionalidad, al que se subordina transversalmente la restricción de derechos fundamentales, este principio se perfila como una barrera frente al exceso –sea arbitrario o simplemente inadvertido– en la restricción por vía penal del derecho a la libertad, prohibiendo toda criminalización que no pueda ser justificada en nombre de otros derechos o intereses constitucionalmente consagrados».

En consecuencia, y como en la sentencia se resalta, para que se pueda castigar penalmente una conducta no basta que resulte censurable para el sentir ético-jurídico dominante en la comunidad, sino que ha de tratarse de que tal conducta ofenda en grado suficiente «un bien jurídico con dignidad constitucional».

Téngase en cuenta que con la pena para el delito del que aquí se trata está en juego la libertad de los eventuales condenados, lo que afecta al derecho a la libertad consagrado en el artículo 27 de la Constitución de Portugal².

¹ «A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos».

² Apartado 1 del artículo 27: «Todos têm direito à liberdade e à segurança».

Apartado 2: «Ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de ato punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança».

II. A MODO DE EXCURSO. SOBRE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Queda claro que del citado artículo 18, apartado 2, de la Constitución se desprende lo siguiente, según el propio Tribunal repite:

(i) Las libertades y derechos únicamente pueden restringirse en los casos que la Constitución prevea. En otras palabras, la ley no puede limitar ningún derecho o garantía de los sujetos si no es con base en una norma constitucional que permita tales restricciones.

(ii) Las restricciones de derecho y garantías únicamente pueden hacerse para salvaguardar derechos o intereses constitucionalmente protegidos.

(iii) Tales restricciones deben limitarse al grado estrictamente necesario para amparar esos derechos o intereses. En otras palabras, que el costo en derechos o garantías derivado de la protección de un derecho o interés constitucional no puede ser mayor de lo estrictamente exigido para hacer efectiva tal protección³. La sentencia que comentamos lo dice así: «a lei só pode criminalizar uma conduta na medida necessária para salvaguardar outros direitos ou interesses consagrados na Constituição».

El Tribunal hace alguna concesión expresiva a la mitología de la ponderación, con sus tres tests:

«Por otro lado, al ser la restricción del derecho a la libertad la consecuencia más drástica de las que el ordenamiento jurídico portugués admite, está justificado que los límites de la actuación legislativa que se traduzca en sancionar con esa consecuencia una determinada conducta sean entendidos como manifestaciones especialmente intensas del principio de proporcionalidad. No porque impliquen cualquier variación estructural de ese principio: se trata esencialmente, también aquí, de constituir las líneas a partir de las que el parámetro constitucional se opone y obsta a la mayoría democráticamente organizada. Más bien porque permiten suponer que los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto que se aplican sólo tendrán resultado positivo cuando a favor de esa restricción militen nítidas exigencias de protección de otros derechos fundamentales, y en este sentido se puede considerar que el margen de libertad del legislador ordina-

³ Resulta muy interesante aquí no perder de vista lo que dice el apartado 3 del mismo artículo 18 de la Constitución portuguesa: «Las leyes restrictivas de derechos, libertades y garantías deben tener carácter general y abstracto y no pueden tener efecto retroactivo ni disminuir la extensión o alcance del contenido esencial de los preceptos constitucionales».

rio a la hora de criminalizar conductas es menos amplio que para la generalidad de sus actuaciones.»

Como veremos, en la sentencia ese enfoque es puramente colateral o testimonial, pues la clave del juicio de constitucionalidad no se va a plantear realmente en términos de juicio de proporcionalidad, viendo si es más la afectación negativa del derecho de libertad del artículo 27 de la Constitución o la afectación positiva del derecho o bien constitucionalmente protegido por el artículo 387 del Código Penal. Comprobaremos que no hay nada que ponderar, porque el tribunal opina que ese precepto penal no protege ningún bien jurídico con entidad constitucional. Pero la alusión *en passant* a la proporcionalidad nos da pie a alguna reflexión a modo de excurso.

El llamado principio de proporcionalidad penal se refiere a la debida equivalencia entre gravedad del delito y gravedad de la pena. Todos entendemos que si la ley prevé una pena de veinte años de cárcel para el que roba una bicicleta o seis meses de prisión para el que viola y mata a un bebé, hay desproporciones sangrantes ahí, sea por exceso o sea por defecto en la pena.

Ahora bien, la cuestión importante y difícil es cómo se mide la pena proporcionada para cada delito. La doctrina suele diferenciar entre proporcionalidad cardinal y proporcionalidad ordinal. La primera compara gravedad del delito y de su pena y la segunda compara penas de diferentes delitos con distinta gravedad. Por ejemplo, sobre esto último, si el delito de lesiones se castiga con pena mayor que el delito de homicidio, diremos que hay falta de proporcionalidad ordinal.

Esas distinciones ayudan, pero no solucionan el problema. ¿Lo soluciona la aplicación de los pasos de la ponderación de Robert Alexy, con sus tests de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto? Creo que no. Veamos por qué.

(i) Test de idoneidad. Toda pena es limitación de un derecho, sea el de libertad, el de propiedad, o el ejercicio de algún derecho político, como el de sufragio activo y pasivo, etc. El test de idoneidad nos diría que la norma penal que limita uno de esos derechos para no beneficiar a ninguno es inconstitucional. Una norma que me impusiera a mí pena de multa por tocarme la nariz mientras explico en las aulas universitarias parece que sería un ejemplo de tal despropósito. Pero es verdaderamente difícil imaginar una pena legalmente establecida que no reporte algún bien, real o imaginario, para algo o alguien.

Creo que ahí está la gran ventaja de la regulación constitucional portuguesa, ese es el beneficio que aporta el citado artículo 18,2 de la Constitución, pues viene a decirnos que ningún cálculo utilitarista o de mero interés social

justifica la punición a una conducta, si no es un derecho o interés expresamente mencionado y protegido por la Constitución.

Eso restringe la cuestión del test de idoneidad, pero no la elimina, ya que cabrá preguntarse si, en una norma penal que proteja un bien constitucional, esa protección realmente se consigue en algún grado o en ninguno. Pero insisto en que me parece difícil concebir un caso, ya que tendría que tratarse de una norma penal absurda. Pensemos que la norma que castigue con una semana de pena privativa de libertad el homicidio es evidentemente desproporcionada, pero superaría el test de idoneidad, pues eso es más que nada.

(ii) Test de necesidad. Implica que la pena prevista es inconstitucional si el mismo nivel de protección del bien penal con la norma amparado se puede lograr con una pena más leve y, por tanto, menos limitativa de los derechos del autor de la respectiva conducta. Así, si para un delito de ofensa a las creencias religiosas se prevé pena privativa de libertad por un año y la misma eficiencia protectora tendría una pena de multa de mil euros, entonces aquella previsión legal sería inconstitucional por no ser la más benigna de las que resguardan igual el bien jurídico penal.

La idea es intuitivamente seductora, pero se me antoja de aplicación sumamente difícil. Para aplicarla de un modo no puramente arbitrario o ideológico, se necesitan datos criminológicos y hasta psicológicos suficientes, muy elaborados y que generalmente no se tienen.

En primer lugar, hay que saber qué considera el sujeto un coste más fuerte, de entre dos penas posibles. El ejemplo que hace un momento anterior puse es extremo, pero pensémoslo con más realismo así: ¿la mayoría preferiría un año de prisión, que seguramente no supondrá ingreso en la cárcel, o una multa de cien mil euros? En el sentir común ¿es más el dolor por perder un año de prisión (que seguramente no se cumple en la cárcel) o por perder cien mil euros? Dependerá, entre otras cosas, de cuánto dinero tenga cada uno, cómo se vaya a cumplir la pena de prisión, etc. Primera razón por la que es tan problemática la aplicación del test, fuera de los casos absurdos por extremos.

Por otra parte, hacen falta datos empíricos sobre el nivel de disuasión que tienen cada tipo de pena y cada intensidad de la pena. Para saber si una pena de multa de cien mil euros protege más, menos o igual el derecho de las víctimas (por ejemplo, de los creyentes, en el caso de los delitos contra los sentimientos religiosos), hay que saber en qué medida una y otra de esas dos penas que se comparan disuade a los eventuales delincuentes de realizar la acción típica. Y tales datos no acostumbran a tenerlos los tribunales que aplican el test; más allá, de nuevo, de los casos completamente obvios que en realidad no necesitan test ninguno, de tan evidente y extrema que es la desproporción.

(iii) Test de proporcionalidad en sentido estricto. La teoría dice que el grado de afectación negativa del derecho negativamente afectado por la pena (el derecho de libertad, en las penas privativas de libertad, el derecho de propiedad, en las penas de multa, etc.) debe ser menor o igual que el grado de afectación positiva del derecho o principio constitucional que la pena protege. Si ese balance sale negativo porque lo que pierde el derecho del penado es más que lo que gana el derecho de la víctima o el bien protegido, entonces la pena es inconstitucional.

Pongamos a prueba este test con el ejemplo anterior, el del delito contra los sentimientos religiosos. El Código Penal portugués, en su artículo 251, tipifica el delito de «ultraje por motivo de creencia religiosa». Dice así:

1. Quem publicamente ofender outra pessoa ou dela escarnecer em razão da sua crença ou função religiosa, por forma adequada a perturbar a paz pública, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias.
2. Na mesma pena incorre quem profanar lugar ou objecto de culto ou de veneração religiosa, por forma adequada a perturbar a paz pública.

¿Esa pena prevista para tales conductas es proporcionada o desproporcionada? ¿El grado de afectación del derecho a la libertad o la propiedad del autor es alto, medio o regular? ¿Y lo que gana así el bien protegido, las creencias religiosas que los ciudadanos tienen derecho a procesar, es mucho, regular o poco?

Creo honestamente que es imposible aplicar este test de proporcionalidad en sentido estricto en un caso así, pues las tasaciones del grado de afectación de un derecho u otro dependen enormemente de las convicciones estrictamente subjetivas de cada juzgador. Para empezar, no valorará la situación igual una persona con fe religiosa y una persona sin ella, ni una persona con un sentido muy militante de su religión que otra que no tenga fe y cultive, además, un fuerte sentido laicista.

El test de proporcionalidad en sentido estricto es otro de los que funcionan solamente cuando no hace falta; es decir cuando la desproporción es evidente a los ojos de cualquiera, aquí creyentes y no creyentes, conservadores y progresistas, etc., etc. Por ejemplo, si la pena por ese delito del artículo 251 fuera de cuarenta años de cárcel, todos la estimarían excesiva, pero no porque no pase el test de proporcionalidad en sentido estricto, sino porque el más elemental sentido común indica el absurdo de la regulación.

En resumen, estamos en un campo en el que claramente hemos de establecer si hay que dar prioridad al legislador legítimo, y que él valore y pondere dentro de unos muy amplios márgenes que nada más que tienen su límite en el absurdo que cualquiera ve, o si se prefiere que sean los tribunales los que en

control abstracto de constitucionalidad o en el caso concreto decidan si la pena es excesiva por exceso o por defecto. La subjetividad o relatividad de las valoraciones se dará en ambas hipótesis, pero con una diferencia capital: las valoraciones del legislador están dotadas de legitimidad democrática; las del juez, no.

III. EL RAZONAMIENTO DEL TRIBUNAL EN ESTE CASO

Como ya he puesto de relieve, el Tribunal no compara grados de intensidad de la pena limitadora de derechos, por un lado, y del bien jurídico penal en juego, por otro, y no compara porque antes de comparar hay que decidir si había bien jurídico penal protegido por el artículo 387 del Código Penal, que castiga el maltrato de animales domésticos. Y todo ello con la magnífica limitación puesta por el artículo 18.2 de la Constitución portuguesa, que ya se ha mencionado.

El Tribunal concluye, por mayoría, que esa norma es inconstitucional porque no salvaguarda ningún derecho o interés constitucionalmente protegido. Para fundar esa tesis, y el correspondiente fallo de inconstitucionalidad, se argumenta de un modo que considero ejemplar y extraordinariamente interesante, pues se pasa revista a todos los derechos o bienes constitucionales en los que podría anclarse esa norma penal que castiga el maltrato a los animales domésticos.

No voy a repasar la gran lista de posturas doctrinales que en tal sentido confronta la sentencia, hasta que concluye que ninguna puede salvar la constitucionalidad del precepto. Menciono nada más que un par de ellas. Pero antes, subrayo lo que me parece más importante y meritorio en esta sentencia: la insistencia en que para que una conducta pueda ser penada no basta el desagrado que socialmente provoque, su incompatibilidad con la moral social mayoritaria, el modo en que pueda herir la sensibilidad de muchos, la conveniencia política, económica, etc., de castigarla... No, o se cumple con el artículo 18 de la Constitución y se protege un derecho o interés constitucionalmente mencionado o la norma es inconstitucional. Considero digna de toda alabanza esa situación y esa claridad en Portugal.

Y añadiría que tal planteamiento no implica que ciertos bienes, como aquí los animales domésticos, queden desprotegidos. Estamos hablando de los límites del Derecho penal, que es ultima ratio, no de los límites del Derecho sancionador en general o de otros medios regulativos en pro de objetivos sociales. Siempre quedará el Derecho administrativo sancionador, también dentro de su marco constitucional y legal, el Derecho de daños, etc.

Primero de todo, en la sentencia se insiste que el poder constituyente puede introducir en la Constitución una norma protectora de los animales y su integridad, de manera similar a como se ha hecho en Alemania mediante la reforma, en 2002, del artículo 20 de la Constitución. *Lo que sabiamente veta el Tribunal Constitucional portugués es que sea el legislador ordinario el que pueda añadir normas a la Constitución*. Igual que tampoco puede sacarlas de su chistera y agregarlas a la Constitución el propio Tribunal Constitucional.

Los dos principales anclajes que variados autores proponen para el artículo 387 del Código Penal y que el Tribunal rechaza son los del derecho al medio ambiente y la dignidad humana. Veamos por qué.

Sobre la dignidad humana como fundamento posible de la norma en cuestión, se remite el Tribunal a su propia jurisprudencia y cita el Acórdão n.º 134/2020, donde ya dejó dicho que la dignidad humana no vale como fundamento exclusivo de una punición: «cualquier norma incriminatoria podría ser justificada, prácticamente sin más especificación, en nombre de la protección de la dignidad de la persona humana, inserta en el artículo 1.º de la Constitución». Las reservas del Tribunal se deben, otra vez en sus palabras, a que «el elevado grado de abstracción que lo caracteriza es un obstáculo para que desempeñe adecuadamente funciones prescriptivas concretas» y «el principio de dignidad de la persona humana acaba teniendo un contenido tan amplio (a fin de cuentas, idéntico a uno de los elementos centrales de la tradición del Estado de Derecho), que no alcanza densidad suficiente par ser fundamento directo de posiciones jurídicas subjetivas».

Me permito calificar de espectacular la claridad y valentía del tribunal sobre tal cuestión de la función del valor constitucional dignidad humana:

«Si el principio de dignidad de la persona humana no puede generalmente fundamentar derechos subjetivos de modo directo y autónomo, más difícilmente todavía podrá fundamentar, de ese modo directo y autónomo, restricciones a esos mismos derechos. Su elevado grado de abstracción obsta a su utilización tanto para un efecto como para el otro, pero el segundo implica una utilización *contra la libertad*, lo cual, por sí solo, suscita fundadas dudas teleológicas y axiológicas. Se puede, pues, decir que la abstracción del principio de dignidad de la persona humana impide, por regla general, que se lo vea como fuente de prescripciones precisas.»

«Sin la referencia a un derecho o interés específico, es la propia evaluación de la proporcionalidad la que se hace inviable, pues nada habrá en uno de los platos de la balanza que sea mínimamente mensurable».

«Si el propio concepto de dignidad de la persona humana, aun a pesar de su larga historia, se mantiene como extremadamente difícil de definir, en vir-

tud de su elevadísimo grado de abstracción, cuando es extendido a los animales se vuelve verdaderamente intangible y más difícilmente aun se puede constituir en fuente de soluciones normativas concretas a tales efectos.»

En cuanto al derecho constitucional al medio ambiente (artículo 66 de la Constitución de Portugal) como posible fundamento de aquella norma penal, subraya la sentencia que no se capta cómo la protección penal de los animales domésticos o de compañía, y sólo de estos, se puede incardinar en la protección del medio ambiente o considerarse parte de los derechos ambientales. Vendría a ser, concluyo e interpreto yo mismo, como si la protección penal de la vida o la integridad de los seres humanos se remitiera también a la protección del medio ambiente. El artículo 66 de la Constitución se refiere a y protege «el ambiente globalmente considerado y no es posible extraer de ahí la justificación constitucional de la punición de daños a animales «individualmente considerados.»

En verdad, el Tribunal Constitucional está haciendo aquí sutiles y muy bien documentadas interpretaciones de normas constitucionales como las del artículo 1 o el artículo 66 de la Constitución, a efectos de fijar no solamente sus significados posibles, sino también su referencia o alcance, el campo que cubren y el objeto o peculiaridad de la protección que brindan. Eso sí me parece mucho más fructífero y «jurídico» que ponderar a saco y de frente, sin encomendarse más ni a Dios ni al Diablo ni al Derecho propiamente dicho.

El fallo, pues, es que «todo considerado, resulta inevitable concluir la inexistencia de un fundamento constitucional para la criminalización de los malos tratos a animales de compañía, prevista en el artículo 287 del Código Penal», y todo ello con base en que

«la vigente redacción de la Constitución de la República Portuguesa, que es la que se impone al Tribunal Constitucional como parámetro de control de las normas aprobadas por el legislador. *Concluir otra cosa implicaría que este Tribunal reemplaza al poder constituyente, rebasando las competencias que por ese mismo poder le fueron conferidas*» (el resaltado es mío).

Fabuloso

Una última observación. La sentencia va acompañada de dos «declaraciones de voto», correspondientes a la magistrada Juana Fernandes Costa y al magistrado Gonçalo Almeida Ribeiro. Ambos argumentan con calidad y gran solvencia.

Los dos opinan que sí es posible encontrar base constitucional para el castigo penal del maltrato a los animales. La magistrada Fernandes Costa propone que se consideren bienes constitucionales no sólo los que expresamente son nombrados en el texto constitucional sino también «aquellos que, a pesar de no encontrarse positivados en la Constitución, sean, no obstante, hermenéuticamente discernibles e individualizables a partir de sus normas», estando la clave y el límite de tales operaciones hermenéuticas en «el orden axiológico jurídico-constitucional». Se propone una práctica muy relacionada con lo que algún día se llamó jurisprudencia constitucional de valores y que subraye la dinámica constitucional como dinámica de evolución en el contenido de esos valores constitucionales.

Es así como sostiene que «la Constitución abre la puerta a una comprensión del Derecho penal del bien jurídico de base no exclusivamente antropocéntrica, permitiendo la atribución de relevancia penal a bienes jurídicos que, a pesar de que no giran en torno a las dimensiones existenciales individuales o colectivas de la persona, forman parte, expresa o implícitamente, del orden axiológico jurídico-constitucional». Y así concluye que la protección penal de los animales de compañía se justifica no tanto en que sean seres sintientes, como en el tipo de relación que con ellos ha establecido el ser humano al sacarlos de su vida en la naturaleza.

Pese a que la norma penal en examen sí tendría sustento en un bien constitucional, concluye esta magistrada que el artículo 387 del Código Penal es inconstitucional porque vulnera el principio de tipicidad debido a la alta indeterminación de su texto. Es inconstitucional por incompatible con el artículo 29.1 de la Constitución, no por causa del artículo 18.

Parecida es la posición del magistrado Almeida Ribeiro. Encuentra el sustento de la defensa penal de los animales domésticos en algo así como principios constitucionales implícitos, como el que vincularía a la dignidad humana la protección de los animales en cuanto seres vivos dotados de sensibilidad. Su postura es la propia de un constitucionalismo axiológico y con una idea materializadora o moralizante de la Constitución, y desde ahí explica que los animales de compañía, domesticados y en buena medida «desnaturalizados» por los humanos, dependen de estos para la supervivencia y protección, y que por eso es mayor y especial la responsabilidad humana por su bienestar. E insiste en que es posible, así, hallar el fundamento constitucional para la norma penal analizada.

Pero seguidamente afirma que ese artículo 387 del Código Penal es inconstitucional, pero no en razón de aquel artículo 18 de la Constitución que exige que solo se pene el atentado contra derechos y bienes constitucionales,

sino por causa del artículo 29.1 de la Constitución, que exige tipicidad, ley cierta. Y resultaría que el tipo penal del artículo 387 es extremadamente abierto al describir el contenido de la acción punible.

Otra defensa ejemplar de una pauta esencial para un Derecho penal civilizado, como se ve en esta conclusión: «Es evidente que en un Estado de Derecho sería impensable que el destinatario de la *ley pena* tuviese la carga de corregir todas estas deficiencias de expresión y de suplir todas estas oscuridades imputables al legislador».

Al menos por esta vez, he sentido seria envidia al de los portugueses y de su Tribunal Constitucional.

CAPÍTULO VI

A CONSTRUÇÃO DOS CONCEITOS JURÍDICO-PENAIIS ENTRE LEGALIDADE E MORALIDADE. A FILOSOFIA DO DIREITO POR TRÁS DO SISTEMA FUNCIONAL DE DELITO

ALAOR LEITE

Professor Auxiliar de Direito Penal.

Universidade de Lisboa (Portugal).

Doctor en Direito Univ. Munique (München, Alemanha)

Nas páginas que seguem, tentarei demonstrar – sem a sofisticação literária do meu estimado orientador de doutoramento, a quem devemos a edificação do sistema funcional de delito¹ – que, por trás do seu consagrado *sistema funcional de delito*², se esconde uma firme e pouco notada *convicção última de filosofia do direito*: o direito penal é o domínio da Legalidade, não da Moralidade, para dizê-lo com o famoso par conceitual kantiano³. Esta convicção básica mantém o sistema unido, íntegro, e pode ser identificada a vários níveis, nomeadamente na metodologia (abaixo I.), na política criminal e na dogmática do direito penal (abaixo II.) – com muitas sobreposições delibera-

¹ GRECO ZIS 2016, 416 e ss.; GRECO/LEITE, in: Roxin, Novos Estudos de Direito Penal, São Paulo, 2014, p. 13.

² ROXIN/GRECO, Strafrecht AT I, 5.^a ed. 2020, § 7.

³ KANT, Die Metaphysik der Sitten, A/B 6; sobre isto, Kühl, FS-Schapp 2010, 329 e ss.; com mais referências SEELMANN/DEMKO, Rechtsphilosophie, 7.^a ed. 2019, § 3 nm. 25 n. 24; outra tentativa de interpretação em ZACZYK JRE 14 (2006), 311 e ss. Utilizo o conceito de Moralidade ou Legalidade de acordo com a conceção «tradicional» kantiana; não ignoro as novas correntes (especialmente de proveniência anglo-saxónica) que defendem um conceito «liberal» de moralidade, mas, por razões de espaço, não posso abordá-las aqui em pormenor.

damente pretendidas: «O verdadeiro é o todo», repete constantemente *Roxin*, agora hegelianamente⁴. Essa «desmoralização» dos conceitos jurídico-penais, uma espécie de depuração liberalizante, consubstancia uma tarefa permanente da elaboração doutrinária (abaixo III).⁵ *Roxin* mostrou-nos, não autoritariamente, através de exegeses quase religiosas de passagens clássicas de autores consagrados, mas argumentativamente, através de soluções dogmáticas concretas, «adequadas à substância» («stoffadäquate») que subjaz à elaboração conceitual, nem sempre explicitamente apoiadas em citações de filosofia do direito. Tal proceder permitiu ao sistema funcional de delito uma desejável aproximação à jurisprudência e pode explicar, ademais, a surpreendente ressonância internacional das suas reflexões.

Na Espanha, esse método de construção dos conceitos e das categorias jurídico-penais foi recepcionado e desenvolvido⁶. Por essa razão é que suponho serem estas reflexões de interesse do grande penalista espanhol, aqui homenageado, *Javier de Vicente Remesal*, com quem tenho o prazer de conviver em ambiente verdadeiramente familiar.

I. O META-NÍVEL DA ELABORAÇÃO CONCEITUAL: METODOLOGIA

1. A eleição da metodologia que guiará a elaboração conceitual de um determinado domínio do direito não se deve, de modo algum, a uma decisão arbitrária e isenta de valoração. O trabalho metodológico tem por objetivo não só descrever o direito ou desvelar as suas estruturas, mas também aplicá-lo de acordo com padrões de justiça que precisam ser explicitados (ou que são pressupostos)⁷; essa escolha metodológica possui, por assim dizer, uma «dupla face»: trata-se de uma aplicação do direito orientada para os valores e, em últi-

⁴ A primeira vez, tanto quanto se pode ver, em ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1.^a ed. 1963, p. 580, onde o autor se refere à «Fenomenologia do Espírito» de *Hegel* e à «Filosofia do Idealismo Alemão» de NICOLAI HARTMANN; mais recentemente em ROXIN/GRECO AT I, § 7 nm. 90; sobre a relação entre filosofia e dogmática do direito penal, PAWLIK GA 2014, 369 e ss.

⁵ ROXIN JuS 1964, 373.

⁶ Por todos, LUZÓN PEÑA, *Derecho Penal. Parte General*, 3.^a ed., 2016, Montevideo/Buenos Aires, p. 99 e ss.

⁷ RÜTHERS/FISCHER/BIRK, *Rechtstheorie*, 11.^a ed. 2020, § 20 nm. 640 e ss.; BYDLINSKI/BYDLINSKI, *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*, 3.^a ed. 2018, p. 16 e ss.; VON DER PFORDTEN, *Rechtsethik*, 2.^a ed. 2011, p. 28 e ss.; PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 4.^a ed. 2019, p. 26; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.^a ed. 1969, p. 1: «ciência prática»; HRUSCHKA ARSP 50 (1964), 485 e ss.; KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 1967, p. 21 ss; ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1970, p. 7 e ss.; HASSEMER, FS-Coing 1982, 493 ss; RENZIOWSKI GA 1992, 159 ss; ARTHUR KAUFMANN, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung*, 1999, p. 91 ss; SILVA-SÁNCHEZ, FS-Jakobs 2007, 645 e ss.

ma análise, de uma filosofia do direito⁸. Já se disse em passagem clássica: «A cada metodologia do direito, mesmo que não tenha consciência disso, poder-se-ia apontar uma filosofia do direito que lhe fosse adequada»⁹. A construção dos conceitos jurídico-penais praticada por *Roxin*, em seus pioneiros esforços, é suficientemente conhecida e não exige longa digressão; no entanto, o *fundo jurídico-filosófico* que sustenta o edifício conceitual raramente é abordado; quando é, não raro se lhe atribui, ao revés, uma certa falta de orientação jurídico-filosófica, ou um «intuicionismo flutuante»¹⁰. Vale a pena, por isso, analisar a construção dos conceitos jurídico-penais no interior do sistema funcional de delito de uma perspectiva diferente, nomeadamente jurídico-filosófica.

2. O ponto de partida *metodológico* de *Roxin* traduz-se em singela premissa: a formação de conceitos jurídicos serve para «captar com exatidão a essência da matéria jurídica»¹¹. Já em 1959, defendia o autor a chamada doutrina do «tipo total de injusto», porque só ela «supera a separação entre um ser valorado e outro avalorado e [...] coloca a realidade carregada de valor, liberta de todas as abstrações naturalistas, no centro do sistema de direito penal»¹². Em 1963, criticaria a pobreza metodológica do conceito dominante de autor: «O problema da autoria nunca esteve no centro das discussões sobre a metodologia do direito penal»¹³; seria preferível um conceito de autor que «pudesse ser ‘desenvolvido’ passo a passo com base na matéria jurídica subjacente»¹⁴. Como é sabido, *Roxin* desenvolveu muito pormenorizadamente o «conceito aberto» de autor como «figura central da acontecer típico»¹⁵, chegando a solução que lograram convencer boa parte da doutrina e que tiveram acolhimento jurisprudencial na Alemanha e fora dela. O locus classicus das suas reflexões estritamente metodológicas é, sem dúvida, a sua contribuição de 1968 em homenagem a *Radbruch*; lá, a sua reflexão metodológica fundamental,

⁸ Assim, LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3.ª ed. 1975, p. IX.

⁹ LARENZ, (n. 8), p. 471.

¹⁰ Crítica em PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 50 e ss., que a despeito disso reconhece a existência de certas bases de filosofia do direito; RENZIOWSKI *JRE* 11 (2003), 270, 274, considera que o estado de necessidade desculpante de ROXIN carece de uma verdadeira «justificação» normativa (de filosofia do direito); as minhas reflexões sobre o fundamento jurídico-filosófico dessa categoria em LEITE, *Notstand und Strafe*, 2019, pp. 32 e ss.

¹¹ ROXIN, (n. a), p. 13; semelhante a GRÜNHUT: «Os objectos de aplicação do direito influenciam os conceitos a que se subsumem» (GRÜNHUT, *FS-Frank* 1930, 1 e ss., 19: «teleologische Begriffsbildung»); assim também o «ir e vir da observação», segundo ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 1942, p. 15.

¹² ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 2.ª ed. (1.ª ed. 1959) 1970, p. 174 e ss.; mais tarde, esta opinião foi enfraquecida ou mesmo abandonada (ROXIN/GRECO, *AT I* §10 Rn 23).

¹³ ROXIN, (n. 4), p. 4.

¹⁴ ROXIN, (n. 4), p. 580.

¹⁵ ROXIN, (n. 4), p. 25.

consistente na necessidade de que as ideias jurídicas deixem-se determinar, qual argila, a partir das características da matéria subjacente – a chamada «Stoffbestimmtheit der Idee» – é elaborada com mais detalhe¹⁶. Trata-se, enfim, de um sutil equilíbrio entre sistema e problema¹⁷, uma espécie de crença do sistema funcional de delito, um sistema medularmente comprometido com a solução coerente dos problemas lançados pela vida. Quem nisso vê intuicionismo flutuante, vê mal: se intuicionismo for, será com os pés grudados ao chão, com passos firmes.

3. Tudo isto, como é óbvio, não é derivado «livremente», mas é emoldurado cientificamente e em termos de política criminal, o que confere balizas à construção conceitual; também o ponto de vista jurídico-filosófico de *Roxin* emerge deste diálogo entre metodologia, política-criminal e dogmática:

a) O antípoda *científico* desta abordagem, que deixa margem para que os conceitos se amoldem passo a passo, foi a prestigiosa (e ambiciosa) construção conceitual finalista, que (para simplificar¹⁸) se baseia em estruturas lógico-objetivas onticamente pré-determinadas e defende soluções dedutivas no interior de um sistema «fechado»¹⁹, as únicas corretas, anteriores ao labor conceitual; se a realidade desdiz o conceito, pior para a realidade – já disse consagrado autor. Segundo *Roxin*, uma tal abordagem dedutiva é perigosa, sobretudo «porque se perde de vista os factos concretos e se chega a soluções de problemas que, enquanto derivações de conceitos improdutivos ou inseguros, só serão correctas por acaso»²⁰. Tal proceder é também rígido e unilateral: «O juiz supremo de uma teoria jurídica será sempre a ideia jurídica»²¹. O sistema funcional de delito é um protesto contra a intransigência definitiva e classificatória que marca alguns sistemas concorrentes.

b) *A política criminal* que compõe o quadro em que tal sistema é elaborado tinha como pano de fundo real o Projeto Alternativo de 1966 e a sua orientação declaradamente «prática»: tratava-se também do significado da jus-

¹⁶ ROXIN GS-Radbruch 1968, 260 e ss., p. 265; ver também *Roxin*, (n. 4), p. 528 e ss.

¹⁷ ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.^a ed. 1973, p. 5; sobre isto já ROXIN, (n. 4), p. 587 e ss.; em pormenor, SCHÜNEMANN, in: Schünemann (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, p. 1 e ss.

¹⁸ WELZEL, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 1951, p. 8: «...der ganze Rechtstoff (ist) von sachlogischen Strukturen durchzogen, die dem Gesetzgeber ebenso wie der Wissenschaft vorgegeben sind»; o facto de não existirem «estruturas nuas» já foi afirmado por STRATENWERTH, in: *Das rechtstheoretische Problem der «Natur der Sache»*, 1957, p. 13 e ss.; *idem*, FS-Jakobs 2007, 663 e ss.; além disso, ver JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 16, n. 13.

¹⁹ Sobretudo no ensaio «Zur Kritik der finalen Handlungslehre» (1962), in: ROXIN, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, 72 e ss., 84 e. ss.

²⁰ ROXIN, (n. 19), p. 72 e ss., p. 89.

²¹ ROXIN, (n. 12), p. 106

tificação concreta e da aplicação da pena²²; pretendia-se, adicionalmente, «desmoralizar» o direito penal sexual em particular.

4. Uma coisa é clara para *Roxin*: a metodologia do direito cumpre uma função político-criminal e deve sobretudo permitir que se abra caminho, argumentativamente, para um direito penal liberal; um direito penal parcimonioso que reconheça a complexidade do mundo moral²³ e que se baseie na distinção *jurídico-filosófica* entre *direito e moral*²⁴. O ser humano autónomo não deve ser tratado de forma paternalista, nem na justificação da proibição nem na sua eventual punição concreta: «...pois um sistema jurídico que pensa demasiado pequeno no ser humano acaba em servidão e paternalismo»²⁵. No entanto, esse introito metodológico continua a carecer de esclarecimento; faltam os *valores* que devem orientar a construção dos conceitos jurídico-penais. Não há decisão metodológica sem correspondente decisão valorativa, já vimos.

II. PERSPETIVA INTERNA: POLÍTICA CRIMINAL E DOGMÁTICA DO DIREITO PENAL

1. Os valores da *política criminal* não surgem do nada, muito menos da cabeça de iluminado intelectual:²⁶ «...a elaboração dos princípios de política criminal não deve ser desligada dos parâmetros do legislador»²⁷. No entanto, essas orientações legislativas, por balizadoras que sejam, não devem ser aceitas cegamente²⁸. Legitimidade, quando se trata de distinguir direito e moral no direito penal, significa basicamente o reconhecimento de três barreiras categóricas e anteriores ao labor legislativo: *autonomia pessoal* – ou área nuclear da vida privada²⁹ –, *princípio da legalidade* e *princípio da culpa*³⁰. Apenas quando estes princípios

²² Sobre este ponto, GRECO/ROGER JZ 2016, 1125 e ss.

²³ Ver GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, 2009, p. 109 e ss.

²⁴ KUHLEN, in: Alexy/Koch/Kuhlen/Rüßmann, *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, 2003, p. 443 e ss; NEUMANN, in: Hilgendorf/Joerden (eds.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, 2017, p. 7 e ss; GRECO ZIS 2014, 309.

²⁵ ROXIN, (n. 19), p. 1 e ss., p. 29, pois o objetivo deve ser o de desenvolver uma «dogmática do direito penal que surja com uma pretensão de correção» (SCHÜNEMANN, FS-Neumann 2017, 1 e ss.).

²⁶ ROXIN, (n. 17), p. 10: «A vinculação jurídica e a conveniência da política criminal não devem contradizer-se, mas devem ser levadas a uma síntese».

²⁷ ROXIN, (n. 17), p. 32; ROXIN, (n. 4), p. 20.

²⁸ Posfácio, in: ROXIN, (n. 17), p. 49: «No entanto, o que me interessa é examinar os pontos de avaliação dispersos quanto à sua legitimidade em termos de política criminal».

²⁹ ROXIN JöR 2011, 1 e ss., 4.

³⁰ Sobre este ponto GRECO, (n. 23), p. 136 e ss. A negligência destes limites marca a principal diferença em relação à utilização do termo «construção conceitual teleológica» por alguns autores do passado; ver SCHAFFSTEIN, *Zur Problematik der teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht*, 1934.

(pré-existentes à legislação) não são desrespeitados é que se iniciam as considerações teleológicas (baseadas na valoração posta na legislação) sobre o benefício social da proibição de um comportamento ou da punição de um cidadão.

2. A distinção entre Legalidade e Moralidade aparece mais claramente na definição da missão do direito penal como uma *proteção subsidiária de bens jurídicos*³¹: «O Estado tem de preservar a ordem externa; não tem qualquer legitimação para tutelar moralmente o indivíduo»³². Esta ideia-força enriqueceu, de maneira inestimável, a doutrina da imputação³³.

O esforço de «desmoralização» do direito penal é evidente em vários pontos; contentar-me-ei, neste curto espaço, com dois exemplos concretos: a depuração jurídico-penal das *cláusulas gerais* com carga moral e o desenvolvimento do *conceito de responsabilidade*.

a) O recurso direto à ordem moral, ainda parcialmente presente no Código Penal alemão, ameaça – como dizia *Roxin* expressamente já em 1964– «esbater as fronteiras entre *Legalidade e Moralidade*»³⁴. Os exemplos por ele citados são duas *cláusulas gerais* bastante conhecidas, a saber, a cláusula de censurabilidade (§ 240 II StGB), na coação, e a cláusula de imoralidade (§ 228, depois 226a StGB), nas ofensas à integridade física. A situação é particularmente difícil no caso da «cláusula dos bons costumes»³⁵. A razão alegada para punir conduta que destoe desses etéreos padrões é precisamente «a desaprovação moral do ato»³⁶. Uma saída para o impasse de uma *construção conceitual* tão *carregada de padrões morais* pode ser encontrada a partir de uma concretização dos aspectos metodológicos acima referidos. A elaboração jurídica de uma série de «princípios de ordem social»³⁷, perfeitamente possível no caso da coação, pode, é claro, soar inadequada no caso da cláusula de imoralidade: aqui, faltam pistas objectivas para uma avaliação, que por vezes só podem ser derivadas de uma «visão intuitiva do ser» ou de um «sentimento moral»; o intuicionismo moral incontrolável deve ser, contudo, objetivado a

³¹ Com outras referências, ROXIN/GRECO, AT I § 2 nm. 2 e ss.

³² Assim, o ensaio «Sinn und Grenzen staatlicher Strafe» (1966), in: ROXIN, (n. 19), p. 15. Isto não era evidente: para WELZEL, o direito penal tinha uma «função de formação da moral» (WELZEL, [n. 7], p. 4 e s.). Em 1940, o autor definia crime como «insubordinação contra a ordem moral» (*idem*, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen*, 1940, p. 2); sobre isto, ver ROXIN JA 1980, 222.

³³ Ver em detalhes o magistral trabalho de WOLTER, *Objektive und Personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, 1981.

³⁴ ROXIN JuS 1964, 373 (sublinhado meu).

³⁵ ROXIN JuS 1964, 373, 375.

³⁶ ROXIN JuS 1964, 373, 376; também KÜHL, FS-Jakobs 2007, 293 e ss., 300 e ss.

³⁷ ROXIN JuS 1964, 373, 376 ff; ver também *idem*. ZStW 129 (2017), 277 e ss., 298; ver WOLTER NSZ 1986, 241 e ss.

partir de uma apreciação dos valores subjacentes à ordem jurídica, e tal esforço vale a pena. A contrariedade aos bons costumes, por exemplo, estaria presente «quando (a conduta) esteja fora de questão por contrariar decisões de valor tomadas pelo legislador noutra ordem jurídica»³⁸. Pois nenhuma obrigação jurídica decorre de infracções morais, o que representaria uma «justificação metafísica da imoralidade»^{39,40}. Mais tarde, *Roxin* aprofundou ainda mais esta convicção⁴¹. Legalidade em vez de Moralidade.

b) A culpa, em seus primórdios, era considerada como «imputação moral»⁴². Apesar dos importantes trabalhos preliminares⁴³, apenas a «dissociação entre culpa e retribuição» (antikantiana) de *Roxin*⁴⁴ consubstanciou um passo definitivo para a desmoralização (ainda não totalmente concluída) da culpa penal através do *conceito de responsabilidade*⁴⁵. A ideia pioneira de *capacidade de ser destinatário de normas* permite um tratamento coerente das diferentes categorias de culpa e pode, na minha opinião, ser desenvolvida no sentido de uma capacidade de resposta normativa *relacionada com a pena*, como tentei desenvolver pormenorizadamente em minha tese de doutoramento⁴⁶. Hobbes em vez de Kant.

3. Embora a distinção jurídico-filosófica entre Legalidade e Moralidade não prescreva soluções fixas para a construção dos conceitos jurídico-penais, ela proíbe e descarta, sim, algumas soluções, nomeadamente as que impõem ao cidadão, através de normas penais, uma determinada atitude moral, mesmo que o seu ato não viole nenhum direito de ninguém⁴⁷. A ação deve ser considerada por si, inteiramente no sentido original de *Kant*, «sem ter em conta a força motriz da mesma»⁴⁸. Esta distinção mantém o sistema de *Roxin* unido e actua como a sua bússola. A filosofia do direito não é um «luxo»⁴⁹.

³⁸ ROXIN JuS 1964, 373, 379.

³⁹ ROXIN JuS 1964, 373, 380.

⁴⁰ ROXIN JuS 1964, 373, 380: é «ilícito fazer derivar a imoralidade prevista no § 226a da postulada pecaminosidade da conduta».

⁴¹ ROXIN/GRECO, AT I § 5 nm. 77: «dúvidas de peso sobre a constitucionalidade»; § 13 nm 38: do art. 2 I GG não se pode retirar uma «carta branca para restrições ao poder de disposição por razões puramente morais».

⁴² Cf. os comentários a este respeito em GRECO, (nota de rodapé 21), p. 109 e seguintes.

⁴³ LEITE, (n. 8), pp. 137 e ss., 182 e ss.

⁴⁴ Serei breve, porque GRECO já abordou este ponto (GRECO GA 2021, 266 e ss.).

⁴⁵ Sobre este ponto, KRESS, in: Fischer/Hoven (eds.), Schuld, 2017, p. 75 e ss; ver também GRECO ZIS 2014, 309 e ss.

⁴⁶ Sobre este ponto, LEITE, (n. 8), pp. 32 ss, 184 ss; *idem*. GA 2019, 554 e ss., 562 e ss.

⁴⁷ HEFENDEHL, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, p. 51: «A punição da imoralidade pura contradiz a Constituição»; ver também HÖRNLE, Grob anstößiges Verhalten, 2005, p. 65: barreira dos «direitos dos outros»; crítica em PAWLIK, (n. 10), p. 133 e ss.

⁴⁸ Assim, a definição de Legalidade em KANT, (n. 3), VI 219.

⁴⁹ PAWLIK, JRE 11 (2003), 287 e ss., 314.

III. «O TODO»: A DESMORALIZAÇÃO COMO TAREFA JURÍDICO-FILOSÓFICA PERMANENTE

1. Sem pretender ser exaustivo e em face do limitado espaço, gostaria de salientar dois pontos finais⁵⁰:

a) A metodologia é o instrumento através do qual *Roxin* realiza o seu programa liberal; tal aporte metodológico foi responsável pela edificação do sistema funcional de delito. No entanto, a distinção entre direito e moral como fundamento de filosofia do direito, como é fácil de perceber, não conduz (positivamente) a soluções dogmáticas diretamente deriváveis; estas devem ser desenvolvidas de uma forma «adequada à matéria ou à substância jurídica». A capacidade de desenvolver conceitos básicos com base em novas constelações de casos não constitui, portanto, uma falta de coerência jurídico-filosófica, mas é a realização consistente de um programa liberal «cético»⁵¹. Porque no fim da argumentação jurídica há uma pessoa a ser levada a sério, e que deve ser punida «em nome do povo» com base na lei – e não em nome de Deus, Hegel, Kant⁵². Um programa agnóstico que parece adequado à atual «sociedade fragmentada»⁵³.

b) Do ponto de partida jurídico-filosófico, porém, decorrem barreiras (negativamente) intransponíveis para a formação de conceitos jurídico-penais. As considerações teleológicas orientadas a partir dos parâmetros do legislador são categoricamente limitadas por estas barreiras; trata-se, portanto, de um sistema de direito penal repleto de conteúdos com potencial crítico legislativo⁵⁴ e que possibilita soluções adequadas, e nunca de um «intuicionismo

⁵⁰ Posfácio, in: ROXIN, (n. 17), p. 50: «As múltiplas nuances de uma pintura executada não podem ser adequadamente representadas por uma abreviatura limitada às linhas principais».

⁵¹ KERSTING, *Recht, Gerechtigkeit und demokratische Tugend*, 1997, p. 450: «O liberal é um cético», autor que porém não defende um liberalismo tão parcimonioso (p. 455 e ss.). A «escassez» do programa de filosofia jurídica de ROXIN (de acordo com PAWLIK, [n. 10], p. 50) é assim condicionada pela «escassez» ou parcimónia baseada em valores do seu liberalismo. Por isso, é, de facto, como o próprio PAWLIK chega a reconhecer, um «exagero» quando diz: «...a peculiar oscilação de Roxin entre os sistemas de referência da filosofia jurídica e da política jurídica parece ter sobretudo a função de lhe permitir um maior grau de flexibilidade na teoria da justificação...» (p. 51). JAKOBS GA 2021, 53 ff, 54 considera que a vantagem da justiça casuística é alcançada em ROXIN/GRECO através de uma «desvantagem lógico-sistémica», o que nos parece uma simplificação: um sistema lógico-sistematicamente perfeito não pretende alcançar justiça casuística? O que pretendia?

⁵² ROXIN, (n. 19), p. 1 e ss., p. 5: «Porque, como é sabido, os nossos julgamentos não são pronunciados em nome de Deus, mas em nome do povo»; ver também PAWLIK ZStW 127 (2015), 764: «...o direito, nomeadamente o direito penal (é) uma questão séria, porque a vida é uma questão séria»; ver também *idem*. GA 2014, 369: «É verdade que a invocação de nomes de grandes filósofos não é adequada como argumento jurídico».

⁵³ A este respeito, HÖRNLE, FS-Merkel 2019, p. 511 e ss; ver já ROXIN JuS 1964, 373: pois quando se trata de retirar «consequências jurídicas de uma sociedade pluralista», «muitas vezes (...) esconde-se apenas o vazio de palavras da opinião subjectiva» e «onde começaria a imoralidade específica e, portanto, a punibilidade, há tantos pontos de vista sobre isso quantos avaliadores houver» (381).

⁵⁴ ROXIN, FS-Hassemer 2010, 573 e ss.; *idem*, GA 2013, 433 e ss.

flutuante»⁵⁵; se as soluções flutuam, é porque assim é também a vida. Se assim se quiser, cuida-se de um consequencialismo «deontologicamente seguro», jurídico-filosoficamente fundado e com vocação prática.

2. «O verdadeiro é o todo». Em 1963, *Roxin* afirmou que a sua construção metodológica era semelhante à de *Larenz*⁵⁶. *Larenz*, evidentemente, dizia que sua construção, nesse ponto, seria «mais uma questão de filosofia jurídica do que de dogmática jurídica»⁵⁷. Para *Roxin*, no entanto, estes domínios são inseparáveis e indissociáveis: ele faz filosofia do direito «in action», não «in the books». As suas reflexões de dogmática jurídica são a sua filosofia do direito. Basta que se considere tudo como uma unidade, como um todo: A filosofia do direito preenche o programa em termos de conteúdo; a metodologia do direito assegura o caminho; o sistema jurídico penal orientado político-criminalmente é a realização concreta do programa, destinado à construção de soluções concretas «adequadas à matéria», como o artista a moldar sua argila (ao mesmo tempo em que é por ela moldado). Se as suas soluções concretas encontram aceitação, sobretudo na jurisprudência nacional e internacional – é consensual que *Roxin* (quer como «intuicionista», quer como filósofo do direito) encontra habitualmente a solução correcta –, tal não significa que haja pouca teoria por detrás, bem pelo contrário (e novamente no sentido de *Kant*)⁵⁸. Que a *desmoralização da construção dos conceitos jurídico-penais é uma tarefa permanente dos estudiosos do direito penal* pode ser demonstrado, por exemplo, para além da famosa decisão do *BVerfG* sobre o incesto entre irmãos de 2008⁵⁹, pela atual discussão sobre a impunidade dos whistleblowers, os chamados denunciantes⁶⁰. Não é por acaso que se fala atualmente de uma «remoralização do direito penal»⁶¹ ou da «política criminal» em curso⁶². Assim, a luta científica para que a Legalidade prevaleça sobre a Moralidade na construção dos conceitos jurídico-penais continua, e podemos sempre recorrer a *Roxin*: «Porque uma boa lei dura no tempo. Mas a ciência avança, e o seu trabalho nunca estará terminado»⁶³.

Nesse mister infindo, contaremos sempre com os esforços do homenageado: ad multos annos, *Javier de Vicente Remesal!*

⁵⁵ PAWLIK, (n. 10), p. 51.

⁵⁶ LARENZ, (n. 8), p. 429 e ss: «Desenvolvimento do sentido através do conceito concreto-geral».

⁵⁷ ROXIN, (n. 5), p. 582 n. 9.

⁵⁸ Não se deveria então «à teoria, se ela era ainda de pouca utilidade na prática, mas ao facto de não haver ali teoria o suficiente»: KANT, Über den Gemeinspruch, in: Kant, Schriften zur Anthropologie, Geschichtsphilosophie, Politik und Pädagogik I, Vol. XI (Suhkamp), p. 127.

⁵⁹ BVerfGE 120, 224; sobre isto ROXIN/GRECO, AT I § 2 nm. 19a: moralismo aberto.

⁶⁰ Para mais pormenores LEITE, GA 2021, 129 e ss., 139 e ss.

⁶¹ NEUMANN, FS-Kargl 2015, 347 e ss., 357 e ss.

⁶² KUBICIEL, FS Merkel 2019, 540.

⁶³ ROXIN, (n. 5), p. 596.

CAPÍTULO VII

DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS
Y ALGUNAS CONSIDERACIONES ESPECÍFICAS SOBRE
LAS ENTIDADES DEPORTIVAS

JOSÉ ANTONIO MARTÍNEZ RODRÍGUEZ
Investigador Contratado Predoctoral.
Universidad de León ¹

Al Prof. Javier de Vicente Remesal, académico ejemplar.

I. LA DISCUSIÓN POLÍTICO-CRIMINAL ACERCA
DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Por política criminal podríamos entender aquella ciencia que, en base a criterios políticos y técnico-jurídicos determina qué conductas han de ser tipificadas como delitos y qué medios son los necesarios y eficaces para la prevención de esas conductas delictivas. Por lo tanto, parte de una valoración crítica en la creación y modificación del Derecho penal, contribuyendo, por ende, a su elaboración dogmática ².

Para lo que aquí interesa, ya desde el Derecho romano regía un principio cuya expresión latina era *societas delinquere non potest*, es decir, que la persona jurídica no puede delinquir. La doctrina clásica, además, amplió dicho enun-

¹ Esta publicación se enmarca en el Proyecto de Investigación PID2019-108567RB-C21 financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y en las tareas de investigación del GI DPULE.

² LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, Lecciones de Derecho Penal. Parte General. 3.ª ed. Tirant lo Blanch. 2016, 3/10, p. 32.

ciado al formular la expresión *societas delinquere nec puniri potest*, que viene a decir que la sociedad no puede delinquir ni ser penada, por lo que a la persona jurídica se le niega tanto la capacidad criminal como la penal. No obstante, existe un enunciado intermedio que sería el *societas delinquere potest, sed puniri non potest*, que acepta la capacidad criminal de la persona jurídica, pero no la penal. Sin embargo, es a partir del S. xx y bajo gran influencia del Derecho angloamericano cuando los poderes públicos se han ido inclinando en favor de la opción de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas, mientras en las legislaciones europeo-continenciales se optaba por la opción contraria, salvo ciertas excepciones como Países Bajos, Portugal, Francia, Dinamarca, Bélgica, Suiza y desde el año 2010 también España. Esto no ocurre, por ejemplo, en Alemania o en Italia –aunque este es un caso discutible por cuanto la responsabilidad administrativa se traduce en aplicación judicial de sanciones–, donde se ha mantenido un modelo de responsabilidad administrativa para sancionar a las personas jurídicas. Además, es pertinente matizar ya en este punto que el art. 31 bis CP que introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas no reconoce la capacidad de delinquir de la persona jurídica y al hablar de penas lo hace de manera errónea³ por cuanto estas no revisten tal carácter –algo similar a lo que ocurre con el Derecho penal de menores–⁴.

Sobre todo lo dicho, SCHÜNEMANN reconoce a la responsabilidad penal de la persona jurídica como uno de los grandes retos del Derecho penal moderno y se hace eco de sus principales problemas, destacando: en primer lugar, su choque con el principio de culpabilidad por cuanto la persona jurídica responde por actos de la persona física; en segundo lugar, las dudas que plantea el *in dubio pro reo* respecto de la punibilidad del autor individual; en tercer lugar, se refiere a los modelos de criminalidad de grupo que parecen exigir, asimismo, una sanción colectiva; en cuarto lugar, la dificultad probatoria en el ámbito de la criminalidad de la persona jurídica; y, finalmente, el efecto preventivo del Derecho penal respecto de la persona jurídica dependiente de los actos de las personas físicas que la integran⁵.

³ Si no se quiere trivializar el significado de la pena esta ha de ser de una carga tal que, entre otras muchas consideraciones, el reproche –individual– que suponga ha de tener como destinatario a un sujeto –individual– que asimile dicho efecto. Esto en el marco de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no es más que una muestra del Derecho penal simbólico o puramente formal que determina con el nombre de «pena» a esas sanciones imponibles a dichas entidades –sobre las que luego se volverá– que no son tal; v. ALPACA PÉREZ, Alfredo, Apuntes sobre la responsabilidad (objetiva y por el hecho de otro) de la persona jurídica por los delitos cometidos por personas naturales integrada en su estructura. El caso peruano, Nuevo Foro Penal, 99, 2022, n.º 99, p. 57.

⁴ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, Lecciones... 3.ª ed., 2016, 11/33-36, pp. 143 y 144.

⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 41, 1988, pp. 551-554.

Por otra parte, las personas jurídicas estructuralmente suponen organizaciones jerarquizadas que generan una atomización en la toma de decisiones de tal forma que las decisiones de unos no siempre tienen por qué vincular a las de los otros y viceversa –lo que, en términos de exigibilidad individual de la pena supone todo un reto⁶–. Así, la insuficiencia de la responsabilidad penal de las personas físicas en el ámbito empresarial ha sido otro de los argumentos clásicos en favor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas –lo que sería un desplazamiento del foco desde las personas físicas hacia las jurídicas–, pero se propone sin argumentos empíricos que lo soporten ni con siquiera argumentos en favor de una mayor eficacia preventiva⁷.

Si se tratan de buscar otros argumentos que hagan crecer el interés del Derecho penal por incorporar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y siguiendo a ROSO CAÑADILLAS, se podría decir que algunos motivos son: el aumento del número de empresas, los bienes jurídicos de naturaleza colectiva, el desarrollo tecnológico y la globalización⁸. Todo esto, junto a otras variables, parece indicar que el aumento del riesgo delictivo es tal que hay que reaccionar –penalmente– contra ello, pero la cuestión es que quizás no se deba hacer desde un Derecho penal en sentido estricto.

Así, ante toda la complejidad que plantea integrar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro sistema penal surgen dos opciones político-criminales opuestas y que son destacadas por la profesora GARCÍA ARÁN⁹. De un lado, puesto que no es posible incluir a las personas jurídicas en las categorías subjetivas del Derecho penal no se les atribuiría responsabilidad penal; mientras, de otro lado, se pretende una ruptura con esa resignación descriptiva aceptando que no se puede incluir a las personas jurídicas en la imputación de los elementos subjetivos de la persona física, pero precisamente en

⁶ Sobre esto, tal es el reto de la individualización que directamente que ya se da por perdido, permitiéndose, como recoge MAGRO SERVET al analizar la jurisprudencia del TS sobre esta cuestión, declarar la responsabilidad de la empresa aun en aquellos casos en que no haya sido posible concretar la responsabilidad individual de la persona física que ha cometido el delito o no haya existido la posibilidad de dirigir el procedimiento contra ella; v. MAGRO SERVET, Vicente, Doctrina reciente del Tribunal Supremo afectante a responsabilidad penal de las personas jurídicas y a cumplimiento normativo en las empresas (2022-2023). Actualización y análisis de sentencias recientes del Tribunal Supremo afectantes a compliance y a responsabilidad penal de personas jurídicas, *La Ley Compliance Penal*, 2023, n.º 12, p. 6.

⁷ ESCOBAR VÉLEZ, Susana. Algunas razones dogmáticas y político-criminales en contra de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En: OROZCO LÓPEZ, Hernán Darío/REYES ALVARADO, Yesid/RUIZ LÓPEZ, Carmen Eloísa (eds.). Libro homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento. Análisis de los problemas fundamentales del derecho penal y la criminología contemporáneos a la luz de la obra de Alfonso Reyes Echandía. Universidad Externado de Colombia. 2022, pp. 1032-1034.

⁸ ROSO CAÑADILLAS, Raquel, Prevención: Responsabilidad social y penal de las personas jurídicas. *RGDP*, 33 2020, pp. 9-13.

⁹ GARCÍA ARÁN, Mercedes. Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. I Congreso hispano-italiano de derecho penal económico. 1998, p. 46.

esa diferenciación está la solución proponiendo vías o procedimientos distintos para la imputación de personas jurídicas –o adaptando, aunque difícilmente, las categorías existentes en la teoría del delito–.

Precisamente, en contra de esa imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica o del propio sistema de sanción penal a la empresa se suele invocar la culpabilidad como principal escollo por su vertiente subjetiva. No obstante, si se parte del concepto doctrinalmente conformado de delito compuesto por la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, no sería necesario irse hasta el último de ellos para refutar sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica. Si nos detenemos en el concepto de acción y aceptamos como tal que esta es la acción humana de manifestación al exterior, ya sea activa o pasiva, comisiva u omisiva, de una voluntad que a su vez discierne de una situación de consciencia respecto de un individuo concreto es evidente que esto no ocurre o no es extrapolable al plano de las personas jurídicas. Estas no poseen voluntad, carácter humano, ni voluntad en sentido estricto¹⁰. Así, sus operaciones son ejecutadas por personas físicas –acción humana, aquí sí– y la voluntad de la persona jurídica es, en todo caso, la de un órgano colegiado o un colectivo de personas que aúnan sus voluntades reales u otro tipo de actos que replican la voluntad de una persona individual con capacidad de representación de la persona jurídica o dirección dentro de esta. Y, aunque pueda parecer lo contrario, esta es la posición que el legislador penal toma en 2010 reconociendo en el artículo 31 bis CP que la persona jurídica no es quien comete el delito, no es quien realiza la acción delictiva, sino que esta es realizada por la persona física a la hora de dirigir o representar a la empresa¹¹.

Entonces, ¿para qué una teoría del delito? Si esta trata de ofrecer una serie de criterios genéricos que sean válidos para la interpretación y aplicación del Derecho penal, en lo que a responsabilidad penal de las personas jurídicas se refiere lo que el sector doctrinal favorable a esta pretende es encajar los elementos de la teoría del delito de manera forzada aludiendo a esas «peculiaridades»¹². No obstante, hay propuestas de adaptación de estos elementos que caminan en el sentido de que la acción de la persona jurídica no sea una suma de voluntades de las personas físicas, sino una decisión tomada en consenso; mientras que de la culpabilidad se dirá, por su parte, que fluiría

¹⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? Algunas tesis. *Libertas*, 5 2016, p. 34.

¹¹ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Lecciones...* 3.ª ed. 2016, 11/38-46, pp. 145-149.

¹² DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un análisis dogmático*, en: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (dir.)/MADRID BOQUÍN, Christa (coord.), *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 108 y 109.

hacia una culpabilidad colectiva o individual-colectiva. Sin embargo, se alerta ya de que esas adaptaciones –las cuales, pese a no desarrollarse por razón de espacio, no se comparten del todo por lo dicho en otros puntos de este trabajo– aunque sean maleables pueden deformarse hasta tal punto de que rompan con los límites y principios propios del Derecho penal¹³ –como se ha dicho–.

Sea como fuere, lo que está claro es que la política criminal española hace tiempo que viene distorsionándose, lo que conlleva una serie de reformas innecesarias o poco acertadas, coincidiendo en esta valoración con las palabras de CARUSO FONTÁN¹⁴. En este caso la más que posible vulneración de ciertos principios limitadores del *ius puniendi* como la igualdad, la responsabilidad personal y la subjetiva, la proporcionalidad y la culpabilidad, así como, incluso, el principio de legalidad o el de *non bis in idem* pone en serias dudas la reforma operada¹⁵. Pero es que la situación es aún más perversa si existen otras opciones al alcance del legislador, como el sistema de consecuencias accesorias ya existente de manera previa o incluso la posibilidad de dictar una ley integral, tal y como sugiere DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, conteniendo en ella aspectos sustantivos y procesales que permitan una mayor seguridad jurídica y, especialmente, una implantación real, seria y rigurosa de los sistemas de *compliance*¹⁶ –entendiendo que son estos el fin más perseguido por el legislador–.

II. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL

1. Concepto de persona jurídica

Lo cierto es que la inclusión en el año 2010 de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no trajo consigo una definición de estas a efectos penales, por lo que habrá de valerse del concepto genérico de estas para el resto del ordenamiento jurídico –como muy acertadamente destaca GARCÍA MOSQUERA¹⁷ al hablar de la atribución de responsabilidad penal a personas

¹³ ROSO CAÑADILLAS, Raquel, RGDP, 33, 2020, p. 28.

¹⁴ CARUSO FONTÁN, Viviana. ¿Qué pueden aportar a día de hoy las teorías sobre los fundamentos y fines de la pena? Reflexiones en torno a la dirección político criminal de nuestro sistema penal, RE-CPC, 2019, n.º 21, pp. 37-39.

¹⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, Libertas, 5, 2016, p. 39.

¹⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, Libertas, 5, 2016, p. 41 y 42.

¹⁷ GARCÍA MOSQUERA, Marta. La personalidad jurídica de empresas transnacionales como requisito de la responsabilidad penal del art. 31 bis CP. Consideraciones en el contexto de la Unión Europea. Estudios Penales y Criminológicos, XXXIII, 2013, pp. 335-337.

jurídicas de dimensión supranacional, la falta de un concepto de persona jurídica a efectos penales conlleva que haya que acudir a otras ramas del ordenamiento jurídico para completar esa indefinición, lo cual ha producido enormes discrepancias entre la doctrina—. Por tanto, estaremos ante un ente al que la ley reconoce personalidad propia, distinta de la de quienes la componen, sujeta a derechos y a deberes y con capacidad de obrar¹⁸.

Tratando de perfilar este concepto, penalmente se excluye al Estado o a las administraciones públicas de su ámbito de aplicación, lo que es mayoritariamente aprobado por la doctrina¹⁹. Otro caso de exclusiones es el de los «Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas».

En definitiva, tal y como indica ROSO CAÑADILLAS, el CP no describe lo que se ha de entender por persona jurídica, debiendo acudir a conceptos extrapenales de este término y utilizando asimismo una fórmula de exclusión, pero con la salvedad o excepción de aquellos casos en que estas no son lo que dicen ser y se utilizan instrumentalmente para eludir eventuales responsabilidades penales²⁰.

2. Atribución de responsabilidad a la persona jurídica en el Derecho Penal español

El artículo 31 bis CP, añadido mediante la LO 5/2010 y reformado posteriormente en 2012 y 2015, establece que «las personas jurídicas serán penalmente responsables

a) de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo

¹⁸ Díez RIPOLLÉS, José Luis, La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española, InDret: Revista para el análisis del derecho, 2012/1, p. 10.

¹⁹ Díez RIPOLLÉS, José Luis, InDret, 2012/1, pp. 10-13.

²⁰ ROSO CAÑADILLAS, Raquel, Las fuentes de imputación de la responsabilidad penal corporativa. La Ley Penal, 81, 2011, p. 2.

anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso».

No obstante, en términos de imputación es relevante resaltar que el modelo que actualmente se sigue de responsabilidad penal de la persona jurídica vacila entre si esta deriva realmente de hechos realizados por la estructura empresarial o si esta se construye desde la responsabilidad penal del individuo que actúa. Esto plantea problemas²¹ tales como si se está proponiendo una especie de responsabilidad penal objetiva por el hecho ajeno –lo que es contrario a los principios propios del Derecho penal– y si la eficacia preventiva se ve resentida por cuanto es necesario identificar a la persona física culpable del delito para lleva a cabo esta atribución –lo cual se complica cada vez más en virtud de la complejidad estructural y organizativa que revisten actualmente las personas jurídicas–²².

3. Las mal llamadas «penas» aplicables a las personas jurídicas

Ya se ha dicho con anterioridad que las –mal– llamadas «penas» para personas jurídicas no revisten tal carácter –de hecho, si las personas jurídicas no pueden cometer delitos y la pena tiene como presupuesto la comisión de ese delito estas no lo serán en sentido estricto y viceversa²³–, sino que se trata de una serie de medidas o una nueva categoría de sanciones penales, si se quiere, y que vienen recogidas en el artículo 33.7 CP, siendo las siguientes: multa, disolución, suspensión de actividades, clausura de locales y establecimientos, prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, así como para contratar con el sector público y gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social, junto con la posibilidad, finalmente, de intervención judicial para garantizar los derechos de los trabajadores o de los acreedores.

Como se puede observar, las medidas que el CP prevé no distan mucho de las que se pueden tomar en el ámbito administrativo, por lo que, además de

²¹ SÁNCHEZ BERNAL, Javier, Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Cuadernos del Tomás, 2012, n.º 4, p. 144.

²² MIRÓ LLINARES, Fernando. Reflexiones sobre el principio «societas delinquere non potest» y el artículo 129 del Código Penal. Estudios de Derecho Judicial. 2006, n.º 91, p. 201.

²³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Reflexiones sobre el núcleo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho penal español y algunos cabos sueltos. REDEPEC. 2023, vol. 2, p. 27.

todos los problemas ya comentados sobre necesidad punitiva, culpabilidad o imputabilidad, entre otros, parece que el de la sanción penal imponible a personas jurídicas es otro escollo añadido que nos lleva a replantearnos, una vez más, si la respuesta penal es la adecuada para este fenómeno. Así, el sentido de estas es plenamente preventivo frente a las personas físicas –quienes realmente pueden cometer el delito– y, por todo lo dicho, la terminología utilizada no es correcta, habiendo sido preferible identificarlas con un nombre más neutro y regularlas de mejor manera fuera del CP, evitando así la confusión creada y destacando su peculiaridad²⁴.

III. LOS SISTEMAS DE PREVENCIÓN O *COMPLIANCE* COMO EXI-MENTE DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

Quizás uno de los aspectos más llamativos que la configuración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha adoptado en nuestro CP sea el expresado en el art. 31 bis.2, que viene a establecer un sistema de extinción de dicha responsabilidad siempre y cuando se implanten «las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa su riesgo de comisión» siempre que «la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control» cuando «los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención» y «no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control».

Al modelo de prevención lo podemos identificar con el término *compliance* y a la persona u órgano –según si este es unipersonal o colegiado, pues no hay consenso (sin ser esto problemático) sobre la forma que este ha de adoptar y habrá tantos modelos como ofrece la complejidad organizativa de la persona jurídica y el cierto margen del que gozan en virtud del derecho a la libertad de empresa que consagra el art. 38 CE²⁵– encargado de dicho cumplimiento *compliance officer*. De esta breve consideración podemos deducir, entonces, que el legislador, en un primer momento, decide introducir la responsabilidad penal de la persona jurídica, pero lo hace añadiendo la posibilidad de

²⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. REDEPEC. 2023, vol. 2, p. 28.

²⁵ TURIENZO FERNÁNDEZ, Alejandro. Principios de imputación en las relaciones horizontales. A propósito del órgano colegiado de cumplimiento. Política criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales. 2021, n.º 32, vol. 16, p. 830.

que si estas mismas tratan de prevenir su propia actividad delictiva podrán quedar exentas de dicha responsabilidad.

Entonces, de un lado, habría un modelo de autorresponsabilidad –corriente seguida por el TS– en el que un delito cometido por la persona física derivará en responsabilidad de la persona jurídica en ausencia de un programa de cumplimiento, por lo que en algún momento se trataría de una suerte de delito omisivo en el que, precisamente, la ausencia de ese sistema de cumplimiento sería la acción –omisiva, como se ha dicho– típica. Diferente es la postura de la Fiscalía General del Estado, que opta por un modelo de heterorresponsabilidad donde la persona jurídica no comete el delito, sino que se transfiere desde la persona física y, por ello, desecha la opción de integrar los sistemas de cumplimiento como elementos del tipo, en tanto que la ausencia de ellos o su defectuosa implantación no constituye delito propiamente ²⁶.

No obstante, en un Derecho penal del hecho como el que rige en España plantea serias dudas este sistema de exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica por implantación de un sistema de prevención, en tanto que las ventajas de este, desde luego, han de ser fomentadas, pero esto no es óbice para llegar a la conclusión de que de la misma manera que el ciudadano no es eximido de su responsabilidad penal por el hecho en base a su trayectoria anterior –lo que se acercaría peligrosamente al rechazable Derecho penal de autor, pero sin querer decir que la implantación del *compliance* sea mera trayectoria anterior– una empresa bien podría ser condenada pese a contar con dicho programa de cumplimiento si hubiese estado igualmente implicada en el delito cometido ²⁷.

IV. PARTICULARIDADES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS RESPECTO DE LAS ENTIDADES DEPORTIVAS

Hasta hace relativamente poco, para participar en competiciones profesionales la forma jurídica que debían adoptar las entidades deportivas partici-

²⁶ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Virgilio, Democracia, sistemas de control y Derecho penal. Aproximación al fenómeno del *soft law* y de la externalización de los deberes estatales de control a través de los *compliance programs*, REPC, 22 2020, pp. 30-34.

²⁷ CUGAT MAURI, Miriam, La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: El papel del juez ante el peligro de hipertrofia de las *compliance*, Estudios Penales y Criminológicos, XXXV, 2015, pp. 934-936.

pantes era la de la sociedad anónima deportiva –salvo contadas excepciones como las de Real Madrid Club de Fútbol, Fútbol Club Barcelona, Athletic Club de Bilbao y Club Atlético Osasuna, que en su momento salvaron dicha obligatoriedad por cumplir con los estándares de viabilidad económicos exigidos–. No obstante, con la nueva Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte desaparece dicha exigencia y, conforme a su artículo 94, se dice que «la participación en competiciones profesionales podrá realizarse a través de sociedades anónimas deportivas o clubes deportivos [...] siempre que estén regularmente constituidos e inscritos en el registro deportivo correspondiente». Esto se relaciona de manera estrecha con el artículo 63 que, respecto del reconocimiento de la condición de club, prevé que su constitución se rija por la normativa autonómica a tal efecto, vinculando a las federaciones deportivas españolas, que no podrán incorporar requisitos adicionales al reconocimiento autonómico salvo con los efectos meramente informativos que establezcan mecanismos de registro y publicidad para aquellos que operen dentro de su ámbito de actuación.

Así las cosas, es por todos sabido que el deporte ha cobrado una dimensión social y económica de gran relevancia, lo que ha conllevado una expansión –tal vez desmedida– del Derecho penal que cada vez es más tendente a incorporar figuras delictivas «propriadamente» deportivas. Por ello surge un interés en intervenir –también penalmente– la actividad deportiva, pero propuestas tendentes a considerar a esta como una institución digna de ser protegida en sí misma son insostenibles si se pretende respetar principios propios del Derecho penal como los de intervención mínima, *ultima ratio* o su carácter fragmentario²⁸. Así, hay quien propone incluso aglutinar todas las conductas delictivas producidas en el deporte bajo el bien jurídico común y de titularidad colectiva denominado como «integridad deportiva»²⁹, lo cual se debe rechazar coincidiendo con la opinión de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO³⁰, por cuanto no está claro ni que exista, ni que, por supuesto, constituya un bien jurídico y de constituirlo sería ciertamente difuso y amplio en contraposición a la concreción

²⁸ VALLS PRIETO, Javier. La intervención del derecho penal en la actividad deportiva, RECPC, 11 2009, pp. 23-25.

²⁹ Sobre ello se pronuncian principalmente en este sentido MORILLAS CUEVA y su discípulo BENÍTEZ ORTÚZAR; v. BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F. El delito de «fraudes deportivos». Aspectos criminológicos, político-criminales y dogmáticos del artículo 286bis.4 del Código Penal, Dykinson. 2011; MORILLAS CUEVA, Lorenzo (dir.). Respuestas jurídicas al fraude en el deporte, Dykinson. 2017; entre otros trabajos que intencionalmente no se incluirán aquí porque escapan la temática propuesta, pero cuya lectura se recomienda para ahondar en esta cuestión.

³⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Integridad deportiva y Derecho penal. REDD, 43 2019, pp. 68-72.

que las normas penales exigen, por lo que este bien jurídico de nueva creación no puede servir ni para justificar los delitos existentes –alguno discutible– ni para crear otros nuevos o justificar la intervención penal en materia deportiva.

Dicho esto, como los delitos que pueden cometerse por las personas jurídicas están expresamente previstos en la ley conforme al sistema introducido por la LO 5/2010, lo cierto es que para los dos principales delitos «deportivos»³¹ –corrupción deportiva (art. 286 bis 4 CP) y dopaje (art. 362 quinquies CP)– serán de aplicación las reglas del artículo 31 bis CP, por cuanto el Capítulo XI «De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores» del Título XIII «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico» asume esa fórmula en el artículo 288 CP y el Capítulo III «De los delitos contra la salud pública» del Título XVII «De los delitos contra la seguridad colectiva» hace lo propio en el artículo 366 CP.

Introducidas estas particularidades respecto de las entidades deportivas y su posible responsabilidad penal es menester destacar el cambio producido en 2015 cuando se modifican los Estatutos Sociales de la Liga de Fútbol Profesional incluyendo como presupuesto obligatorio para la participación en competiciones oficiales –ya sea como SAD o como club– la necesidad de «adoptar y ejecutar con eficacia los modelos de organización y gestión que incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir la comisión de delitos o reducir significativamente el riesgo de su comisión». Es decir, que deberán implantar un sistema de *compliance* tal y como se ha explicado en este trabajo. Esto, evidentemente, y ciñéndose a la regulación general del artículo 31 bis CP, implica que se ejecute con eficacia y se incorpore de manera previa a la comisión del delito en cuestión, confiándole la implantación y desarrollo del sistema de prevención a un órgano del club –*compliance officer*–. Por supuesto, el programa se debe individualizar en atención a las particularidades de la persona jurídica, por lo que en este caso deberá tener en cuenta las singularidades de la práctica deportiva, los concretos delitos cuyo riesgo va implícito en esas actividades y tratando de adaptar al máximo el funcionamiento del programa de cumplimiento a la naturaleza de la persona jurídica que, en este caso, reviste la forma de entidad deportiva en la fórmula mercantil que sea³² –y que, más allá de la forma jurídico-mercantil elegida, en el depor-

³¹ La referencia a los delitos «deportivos» que se hace en este trabajo no es más que una muestra de economía del lenguaje, en tanto que dicha nomenclatura no tiene otra intención que identificar los dos principales delitos que expresamente mencionan el ámbito deportivo, sin querer decir en ningún momento que se deban incluir explícitamente figuras delictivas relacionadas con el deporte o teorías similares que no se comparten.

³² SOLAR, Jesús, Programas de cumplimiento penal en clubes de fútbol. Fair Play. Revista de filosofía, ética y derecho del deporte, 9 2017, pp. 72-74.

te se ha venido detectando una creciente titularidad múltiple o multipropiedad en las entidades deportivas, así como una acrecentada relevancia de los fondos de inversión, especialmente como instrumentos financieros que dinamicen la economía de los clubes, pero que a la vez pueden injerir negativamente en la integridad de la competición o en la propia salud económica de la persona jurídica³³, siendo, además, cuestiones a tener en cuenta respecto de la peligrosidad delictiva de las personas jurídicas–.

Dicho esto, lo curioso es que los dos delitos que más conexión guardan con la práctica deportiva –dopaje y corrupción o fraude deportivo– revisten una característica común, y es que ambos se cubren de una enorme opacidad –la *omertá*, que diría PÉREZ TRIVIÑO³⁴– que dificulta su prueba a no ser que alguno de los implicados levante la voz. Por ello cobran especial relevancia los canales de denuncia y el sistema *whistleblowing* –alertar–. En un sector como el deportivo donde predominan principios como los de lealtad, cohesión, trabajo en grupo o sentimiento de equipo o de pertenencia esta *omertá* se ve potenciada –y más si ya en la cultura general de la responsabilidad corporativa y la ética empresarial en ocasiones el *whistleblower* (alertador) viene identificado como un desobediente o un traidor, aunque para sus defensores, en cambio, sea más bien un héroe o salvador altruista³⁵–. Por todo ello, es importante implantar canales de denuncia eficaces, pero partiendo de una educación deportiva que fomente estas prácticas y sean mejor entendidas por los actores del deporte, cobrando mayor peso en la balanza la integridad que la mal entendida lealtad u *omertá*³⁶. En este sentido, en España dando cumplimiento –tardío– a obligaciones europeas se promulga la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, que transpone la Directiva UE 2019/1937 relativa a la protección de personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión³⁷.

En definitiva, a todos los problemas que rodean a la responsabilidad penal de las personas jurídicas –y que ya se han puesto de relieve aquí– habría

³³ PÉREZ TRIVIÑO, José Luis/CAÑIZARES RIVAS, Eva, Los fondos de inversión en el fútbol. Algunos problemas éticos y jurídicos. *Recerca: revista de pensament i anàlisi*, 18 2016, pp. 86 y 87.

³⁴ PÉREZ TRIVIÑO, José Luis. Omertá y canales de denuncia en el deporte. *Encuentros multidisciplinarios*, 63 2019, p. 1.

³⁵ PÉREZ TRIVIÑO, José Luis, Whistleblowing. *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, 14 2018, p. 287.

³⁶ PÉREZ TRIVIÑO, José Luis. *Encuentros multidisciplinarios*, 63 2019, p. 2-6.

³⁷ Sobre esto, v. OLAIZOLA NOGALES, Inés/SIERRA HERNÁNIZ, Elisa/LÓPEZ LÓPEZ, Hugo (dirs.)/MOLINA ÁLVAREZ, Inés/ALEMÁN ARÓSTEGUI, Lorena (coords.). *Análisis de la Directiva UE 2019/1937 Whistleblower desde las perspectivas penal, procesal, laboral y administrativo-financiera*. Aranzadi. 2021.

que añadirle las particularidades de un sector económico como el deportivo que en ocasiones parece vivir al margen del ordenamiento jurídico y donde este, además, choca en muchas ocasiones con la propia normativa privada del deporte.

CAPÍTULO VIII

ALGUNOS CRITERIOS (Y PRINCIPIOS) DE POLÍTICA CRIMINAL PARA LA UNIFICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN PENAL EN MÉXICO

MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ¹

Profesor de Derecho penal y Política criminal. Ciudad de México.
Director del Centro de Estudios de Política Criminal
y Ciencias Penales (CEPolCrim)

I. RAZONES PARA LA UNIFICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN PENAL EN MÉXICO

1. **La dispersión legislativa en materia penal:**

1) Son muy diversas las razones que se pueden esgrimir para justificar la *unificación* o (al menos) la *armonización* de la legislación penal en México, siendo la más visible la existencia de una gran cantidad de Códigos Penales² y un gran número de leyes penales especiales que se ocupan de la materia en cuestiones específicas y, por ende, la presencia de una gran dispersión de criterios legislativos, que determinan que la ley penal no sea aplicada igualitariamente en el amplio ámbito nacional.

Además, por esa gran diversidad de la legislación penal, resulta difícil el poder caracterizar al derecho penal mexicano según su orientación y su funcio-

¹ Profesor de Derecho penal y política criminal; miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales y Director del Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales.

² 33 en total, más un Código de Justicia Militar.

nalidad. De ahí que, para hacerlo, se ha tenido que tomar como punto de referencia al Código Penal Federal de 1931 que tiene aplicación en toda la República Mexicana por lo que hace a los delitos del orden federal³. Los Códigos Penales de los Estados siguieron en principio los criterios político-criminales y técnicos del Código Penal federal (CPF), pero con el tiempo se fueron apartando de él, generándose con ello la dispersión legislativa en materia penal. El Distrito Federal (ahora CDMX) hasta finales del siglo xx se rigió por el mismo CPF (1931); actualmente cuenta con su propio Código Penal (2002), el cual sigue una orientación más moderna.

2) Políticamente, el Estado mexicano es una *república representativa, democrática y federal*, compuesta de Estados libres y soberanos, a los que se ha reservado, entre otras, la facultad de legislar en materia penal del fuero común. Por ello, tantos Códigos Penales (CPs) –así como tantos Códigos de Procedimientos Penales– como entidades federativas hay; y, a pesar de que la mayoría de los Estados adoptó como modelo la legislación penal federal (1931)⁴, con el tiempo la uniformidad de criterios político-criminales y técnicos en la legislación penal se fue perdiendo. Además, es notorio el divorcio de la legislación penal con la realidad, atribuible a decisiones precipitadas y sin sustento de quienes generan las leyes penales, que en ocasiones lo hacen por meras ocurrencias.

3) A manera de ejemplo, pueden señalarse algunas *diferencias* notables de criterios:

i) Por lo que hace a la *parte general* de los CPs, hay diversidad de criterios en torno a la regulación: de las formas de realización de la conducta penalmente relevante (como acción y omisión, dolo y culpa, consumación y tentativa); de las formas de intervención de quienes pueden responder penalmente por la realización de la conducta delictiva (autores y partícipes); de la responsabilidad penal de las personas jurídicas; de los presupuestos necesarios para la imposición de la pena o medida de seguridad y de las causas de exclusión del delito, entre otros.

ii) Con relación a la *parte especial*, se pueden destacar las siguientes: No hay uniformidad sobre las *conductas* que deben ser reguladas penalmente como delito; así, p. ej.: adulterio, injurias, abigeato, robo de colmenas, aborto

³ A la fecha, en México han existido 3 Códigos Penales federales: el primero, que data de 1871, conocido también como «Código Martínez de Castro», que se originó durante la presidencia de Benito Juárez; el segundo, de 1929, conocido como «Código Almaraz», y el tercero, el de 1931, aún vigente. Cada uno de ellos sigue una determinada orientación político-criminal, según la corriente de pensamiento que en su momento estaba en boga.

⁴ Que desde la perspectiva político-criminal y dogmática no es el más recomendable modelo a seguir.

consentido, entre otros; hay gran diversidad de criterios en cuanto a los *montos de las penas* para los mismos delitos; no hay uniformidad sobre los delitos perseguibles por *querrela* necesaria; hay diferencias con relación a las causas de agravación o de atenuación de la pena; hay diversidad de criterios en cuanto al uso de la pena de prisión y a los sustitutivos de ésta; entre otras.

4) Esa diversidad de criterios tiene, a su vez, diversas implicaciones en cuanto a la aplicación del derecho penal y a los criterios jurisdiccionales y jurisprudenciales respecto de cada problema, que hace que igualmente sean dispersos.

2. El cambio de sistema procesal penal y sus impactos en la legislación penal

1) En 2008 la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos fue reformada para precisar las bases del sistema de justicia penal, que ahora se sustenta en un sistema procesal penal *predominantemente acusatorio*, en lugar del *sistema mixto* que hasta entonces existía. Y, después de cinco años de haber experimentado un proceso heterogéneo y errático de implementación, propiciado por la multiplicidad de Códigos de Procedimientos Penales, México decidió transitar por la vía de la *legislación procesal penal única*, aplicable para toda la República, para superar los problemas de desigualdad en la procuración y administración de la justicia penal. En 2013 se reformó el artículo 73, fracción XXI, de la Constitución para otorgarle al Congreso de la Unión la facultad exclusiva de legislar en materia procesal penal, y el 5 de febrero de 2014 el Congreso de la Unión aprobó el *Código Nacional de Procedimientos Penales* (CNPP), con el que se buscó superar los inconvenientes de tener más de treinta Códigos Procesales.

2) El contar con una legislación procesal penal única constituyó un importante logro, pues con ello se unificaron los criterios político-criminales en torno a la *naturaleza*, la *función del proceso penal* y su vinculación con el derecho penal sustantivo; sobre las *etapas del procedimiento penal ordinario*; sobre los momentos procedimentales en que deben ser observados los *derechos, principios y garantías procesales*; sobre las *técnicas modernas de investigación*; sobre la delimitación entre la *acción penal pública* y la *acción penal privada*, así como sobre los casos y las condiciones en que esta última debe proceder; en torno a los casos y las condiciones en que proceden los *criterios de oportunidad* y los *mecanismos alternativos de solución de conflictos*; sobre los *requisitos materiales* para el ejercicio de la acción penal, la orden de aprehensión y el auto de vinculación a proceso; sobre los alcances de la aplicación

de los *juicios orales*; con relación al *sistema probatorio* y al *sistema de impugnaciones*; sobre los requisitos materiales de la *sentencia condenatoria* y *absolutoria* y los *presupuestos* para la imposición de la pena, así como sobre los criterios para la *individualización judicial* de la pena; entre otros, aunque el CNPP introdujo contenidos de carácter *material*, que tienen que ver con los *elementos del delito* y sus *causas de exclusión* y, por tanto, que corresponden al Código Penal⁵.

En principio, los anteriores efectos procesales pueden considerarse *benéficos* para el sistema de justicia penal mexicano; pero, cada uno implica la aplicación de criterios de interpretación y de implementación, campos en los cuales hay diversidad de ellos y no siempre se adoptan los más adecuados o mejores criterios. Esta circunstancia hizo que, al ser la reforma constitucional y la nueva legislación procesal penal el producto de visiones e intereses diferentes, el texto finalmente logrado no fue el más satisfactorio. Es decir, el CNPP no siguió los mejores criterios al desarrollar los contenidos de la Constitución, de la misma manera que no se aplicaron los mejores criterios a la hora de su implementación; por ello, al observar que varios criterios han resultado *perjudiciales* para el sistema de justicia penal, hay teóricos del derecho penal y procesal penal que apuestan a su fracaso o que al menos pierda toda su credibilidad⁶.

3) Hay varias razones para afirmar que, después de 15 años de la reforma constitucional y 9 del CNPP, los grandes objetivos aún están muy distantes de ser alcanzador. Pero, también se ha hecho ver que la reforma constitucional de 2008 y el sistema procesal penal acusatorio no podrán alcanzar sus objetivos, ni el sistema de justicia penal en su conjunto se podrá transformar plenamente, si la *legislación penal material* no se transforma también de fondo; objetivo que igualmente se plantea de difícil logro, si se mantiene la existencia de 33 Códigos Penales. Por ello, es exigible la misma voluntad política para que los Códigos Penales corran la misma suerte, es decir, que se *unifiquen*; pues, el contar con un *Código Penal único* puede ser una óptima opción para lograr que el sistema de justicia penal efectivamente esté en condiciones de funcionar mejor.

⁵ Véase MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, La relación entre el Derecho penal y el Derecho procesal penal en el CNPP, en Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública, Publicación semestral No. 18, diciembre de 2014, Poder Judicial de la Federación, México, pp. 331-365.

⁶ Cfr. MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, Fortaleza y debilidades del Código Nacional de Procedimientos Penales, en Moreno Hernández, M. y Ontiveros Alonso, M. (Coords.), Comentarios al Código Nacional de Procedimientos Penales, Cepolcrim – Ubijus, México, 2915, pp. 45 ss.

II. LAS TENDENCIAS SOBRE LA UNIFICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN PENAL

1. Vieja aspiración de la Academia

1) La idea de *unificar* la legislación penal y contar con un *Código Penal único* para toda la República Mexicana es una aspiración que se ha venido planteando en el ámbito académico nacional⁷ desde la década de los treinta del siglo xx, es decir, pocos años después de que apareciera el Código Penal federal de 1931⁸, que aún está vigente, y que se fue acentuando en la década de los sesenta. Esta idea ha adquirido cada vez mayor fuerza en los últimos tiempos, tanto por los cambios que el sistema de justicia penal ha experimentado como por la tendencia político-criminal que se observa en el plano internacional y nacional, motivados por las transformaciones que el fenómeno delictivo está manifestando y por la necesidad de que las estrategias político-criminales frente a problemas globales comunes –como es el caso de la delincuencia organizada transnacional, el terrorismo internacional, la delincuencia informática o cibernética, entre otros– también se uniformen y resulten funcionales, siendo la legislación penal y procesal penal el aspecto del sistema penal donde esa necesidad se plantea con mayor intensidad.

2) Al lado de la idea de renovación y unificación de la legislación penal, también ha existido el escepticismo y la resistencia. Uno de los escollos que se ha hecho valer en contra de la idea de la unificación legislativa penal es, sin duda, el de la *soberanía* de los Estados; se piensa que, facultar al órgano federal para legislar en materia penal en toda la República, atentaría en contra de la soberanía local. Este mismo argumento se ha hecho valer en los últimos años, como sucedió en 2003⁹, cuando el entonces Presidente FOX hizo la propuesta y algunos adujeron que la idea de la unificación representa un atropello a la soberanía de los Estados y a la idea del *federalismo*; además, se dijo que cada una de las entidades federativas tiene sus propias características y necesidades, que no permiten contar con un Código de Procedimientos Penales único, o bien con un Código que sólo pudiera servir de modelo para todos los

⁷ A favor de un Código Penal único se han pronunciado los destacados profesores penalistas de la Facultad de Derecho de la UNAM, como Raúl CARRANCÁ Y TRUJILLO, José ORTIZ TIRADO, Fernando ROMÁN LUGO, Celestino PORTE PETIT, Ricardo FRANCO GUZMÁN, Raúl F. CÁRDENAS, Sergio GARCÍA RAMÍREZ, entre otros.

⁸ En 1935 se celebró un congreso bajo el señuelo de «Unificación del Derecho Penal».

⁹ En el encuentro de Presidentes de Tribunales Superiores de Justicia y Procuradores Generales de Justicia.

Estados de la República¹⁰. Frente a estas ideas de escepticismo o resistencia ha habido contraargumentos, que por ahora no podemos analizar.

3) El debate en torno a la unificación de la legislación penal que se ha dado en México no es novedoso, tiene sus antecedentes en movimientos que han sucedido en otras latitudes. El tema de la unificación de criterios y normas contra el crimen, puede decirse que en Europa se inicia, sobre todo en el plano teórico, desde la parte final del siglo XIX. Sin embargo, el tema adquiere mayor importancia a partir de la segunda mitad del siglo XX, motivado por la transformación del fenómeno delictivo, que más adelante detonó con el movimiento de la globalización y de la internacionalización del delito, que también trajo como consecuencia la internacionalización de las políticas anticrimen, las cuales han sido propiciadas por las Naciones Unidas (ONU), como se manifestó a partir del *Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente* celebrado en Kioto en 1970¹¹.

La tendencia impulsada por la ONU a nivel mundial tiene también sus manifestaciones en el ámbito latinoamericano, incluyendo a México, que se observan en el último tercio del siglo XX. Habrá que recordar que hace ya 60 años, a raíz del fenómeno reformista que se inició a mediados del siglo XX en los países de Europa occidental¹², también en América Latina se inició una actividad similar, con la idea de uniformar los criterios político-criminales en los países de la región; así, se trabajó en un *Proyecto de Código Penal Tipo para América Latina*¹³, que luego sirvió de base para los nuevos Códigos de algunos países del Continente, no obstante que aquél no constituyó realmente un importante avance respecto de los criterios positivistas entonces prevalentes. Lo propio sucedió en México, donde en 1963 se dio a conocer un proyecto de *Código Penal Tipo para la República Mexicana*, igualmente con la idea de unificar o uniformar los criterios político-criminales en el país bajo

¹⁰ Por otra parte, al plantearse la necesidad de renovación de las leyes penales, ya en la pasada década de los cuarenta señalaba José Ángel CENICEROS, con gran escepticismo, que las reformas penales en los países americanos se convierten frecuentemente en una enorme *simulación*; que, ante la grave situación en que se encuentra la justicia penal, no debe culparse a la ley de la falta de los hombres encargados de aplicarla; que «el problema no está en la benignidad o en la dureza de las penas, sino en su efectiva aplicación, en forma pareja, sin distinciones, pues de otro modo mal podemos pedir su eficacia».

¹¹ Por razón del proceso de globalización, ahora se habla, por ejemplo, de «coalición mundial contra la pobreza», «coalición mundial contra el terrorismo», «combate globalizado del hambre y de la ignorancia», «globalización en la lucha contra la delincuencia organizada», entre otras.

¹² Después de los horrores causados por la segunda guerra mundial y el régimen nacionalsocialista.

¹³ En 1962, a iniciativa del profesor Eduardo NOVOA MONREAL, entonces Director del Instituto de Ciencias Penales de la República de Chile, se convocó a penalistas del continente para trabajar sobre este proyecto, habiéndose realizado la primera reunión de trabajo en Santiago de Chile en noviembre de 1963, con la idea de que sirviera como «modelo legislativo practicable en la situación histórica que viven en el presente los países americanos de habla hispana y portuguesa». La segunda reunión tuvo lugar en México en 1965.

una concepción filosófica y política definida, que busca adecuar la legislación penal sustantiva a los lineamientos penales propios de Estados democráticos de derecho¹⁴. Sin embargo, hasta lo que va del siglo XXI aún no se ha logrado ese objetivo por lo que hace a la legislación penal material, a pesar de diversos intentos; por lo que, la idea de un *Código Penal único*, con una orientación político criminal más coherente y ajustada a las exigencias anteriormente señaladas, está aún vigente y se espera que pronto ello pueda tener realidad. Por razón de lo anterior, se justifica el buscar no solo la mayor *armonización* posible sino la *unificación* de la legislación penal en México.

2. Necesidad de la voluntad política para la unificación legislativa

1) Hasta hace algún tiempo había prevalecido la idea entre los penalistas de que era difícil superar el problema de la *soberanía* de los Estados y del *federalismo*. Pero, esta idea y la discusión en torno a ella habían sido planteadas sólo en el ámbito académico y teórico, no así en el plano *político*; por ello, no se podía saber si existiría o no la voluntad política para contar con una única legislación penal en todo el país, que hubiese implicado quitarle a los Estados la potestad de legislar en esta materia. Sin embargo, a raíz del movimiento de reforma procesal penal que se inició en los países de la región latinoamericana en la parte final del siglo XX y que también llegó a México, observándose sus influjos desde principios del siglo XXI, las condiciones y la voluntad política para transitar hacia la unificación de la legislación procesal penal empiezan a cambiar y a manifestarse favorablemente. Así se puede constatar en las propuestas planteadas desde el gobierno federal en lo que va de este Siglo, que sin duda son las que mayor viabilidad tienen para lograr este objetivo¹⁵.

¹⁴ En efecto, como muchos otros países de América Latina, México también ha sido escenario del desarrollo del Derecho penal, habiendo contado, desde la segunda mitad del siglo XIX a la fecha, con tres Códigos Penales en el ámbito federal (1871, 1929 y 1931), los que manifiestan las influencias de las corrientes de pensamientos prevalecientes en sus respectivas épocas de origen y, después de ensayar diversos intentos para sustituir al Código Penal de 1931 con los Anteproyectos de 1949 y 1958, en 1963 generó un anteproyecto de *Código Penal Tipo para la República Mexicana*. Véase sobre esto, PORTE PETIT, C., *Evolución Penal en México*, 1965; MORENO HERNÁNDEZ, M. Orientaciones político-criminales de las recientes reformas al Código Penal del Distrito Federal, en 10.º Aniversario del INACIPE, 1976, México, 1986, II, pp. 631 y sig.; Orientaciones del nuevo Anteproyecto de Código Penal, en *Jus Semper*, mayo, 1990; ZAFFARONI, E. R., La ideología de la legislación penal mexicana, en *Revista Mexicana de Justicia*, No. 2, Vol. III, abril-junio de 1985, pp. 45 y sigs.

¹⁵ Véase sobre esto, Samuel GONZÁLEZ, Ernesto MENDIETA, Edgardo BUSCAGLIA y Moisés MORENO, *El Sistema de Justicia Penal y su Reforma. Teoría y Práctica*, Distrib. Fontamara, CEPOLCRIM, Aquesta Terra, México, 2005 (2.ª Ed., 2006), pp. 558 ss.

2) Esa voluntad política hizo posible la unificación de la legislación procesal penal (2014); pero, ahora es necesaria para unificar la legislación penal material, es decir, para generar el Código Penal único, que igualmente puede ser llamado *Código Penal Nacional* o «Código Penal Mexicano», según se prefiera¹⁶. Es decir, es necesario transitar hacia un *sistema de codificación penal única* para todo el país por lo que hace a la legislación penal material, para que sea una sola instancia legislativa (Congreso de la Unión) la encargada de establecer las disposiciones legales, que sean observables por todas las autoridades del país.

3. Ventajas y riesgos de la unificación de la legislación penal

1) Se han señalado los problemas que genera la dispersión legislativa debida a la multiplicidad de CPs; por lo que, a primera vista, la unificación representaría mayores *ventajas* para la justicia penal en México, pues habría uniformidad de criterios político-criminales que orientarían la legislación penal en todo el país, como ya se dijo antes. No habría duda en cuanto a los alcances que tendría el derecho penal en todo el territorio nacional, por lo que hace a las conductas que se considerarían delictivas y a las penas que se impondrían; asimismo, en cuanto a las formas de realización de las conductas delictivas y a las formas en que sus autores o partícipes pueden incurrir en responsabilidad penal, al igual que con relación a los presupuestos de la pena y a las causas de exclusión del delito, entre otros tantos aspectos. Lo que, a su vez, influiría a que tanto la dogmática jurídico penal como la jurisprudencia en materia penal se pudieran desarrollar con mayor sustento y consistencia a nivel nacional.

2) No obstante lo anterior, que para cualquier interesado en los temas de la justicia penal sería lo ideal y, por ende, no encontraría razón para ponerle peros, existen ciertos *riesgos* para que los objetivos deseados se puedan

¹⁶ Desde hace más de cinco años (2017) se dio a conocer un proyecto de Código Penal Nacional elaborado en el Instituto Nacional de Ciencias Penales, el cual, después de recibir algunas observaciones críticas de sectores académicos, ha sido reelaborado y, al parecer, su última versión (2019) ha sido puesta a la consideración de la Conferencia Nacional de Procuración de Justicia por la Fiscalía General de la República (FGR), para su análisis y la posibilidad de ser presentada como Iniciativa. Sin embargo, a pesar de su reelaboración, esta propuesta no parece cumplir con las exigencias de resolver el problema de las llamadas «leyes especiales», entre otros puntos críticos, y abandona la idea de la unificación legislativa al dejar a los Estados la potestad de seguir legislando en materia penal. Lo que, sin duda, implicaría que cada Estado y la Ciudad de México siguieran teniendo su propia legislación penal material, como se desprende de la propuesta de reforma a la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución, sobre todo para los llamados «casos polémicos».

alcanzar. Ya que detrás de toda reforma legislativa son identificables ciertas tendencias de carácter filosófico-político, que determinan la orientación que sigue una reforma y los criterios o principios en que se sustenta, habrá que prever los riesgos de optar por una tendencia que tal vez no se corresponda con los criterios y principios previstos en la Constitución Política, característicos de Estados democráticos de derecho, o bien que se adopten criterios que no se ajustan a las realidades nacionales. Y, lo propio que se plantea en el campo de la política criminal, también puede suceder con relación a las aportaciones de la dogmática jurídico-penal, que igualmente tienen sustento filosófico y político de alcances diferentes, que determinan –no sólo la congruencia de sus soluciones– sino también los fundamentos y límites de las decisiones político-criminales.

3) Ante ese y otros riesgos de que la unificación legislativa no resulte viable a través de un Código Penal único, la otra alternativa sería analizar y discutir sobre la conveniencia de un *nuevo Código Penal Federal*, que sustituiría al de 1931 y que serviría de modelo para la legislación penal de las entidades federativas, sobre todo por lo que hace a su parte general. Se ocuparía de regular solamente los delitos que afectan a la federación, es decir, los «delitos federales» y, de ser factible, aglutinaría toda la materia penal dispersa en leyes penales especiales federales, para que se rijan por los mismos criterios político-criminales y técnicos; entre otros rasgos característicos¹⁷. Además, un renovado CPF permitiría que cada entidad federativa siga teniendo su potestad de legislar en materia penal, pero con la posibilidad de que la legislación penal local se armonizara con la federal, al menos por lo que hace a sus disposiciones de carácter general; por lo que, los «problemas polémicos», que hasta ahora han propiciado salidas falsas, tendrían la solución político-criminal que cada entidad federativa considerara más ajustada a su realidad. Pero, es claro que, con ello, el problema de la diversidad de criterios político-criminales en materia de delitos en particular seguiría existiendo, o incluso se ahondaría si además se sigue el criterio de la propuesta de la FGR.

¹⁷ Una tercera salida al problema de la dispersión legislativa, tanto en su aspecto político-criminal como dogmático, podría ser la generación de una «*Ley de Bases generales del Derecho penal mexicano*», la cual se ocuparía principalmente de establecer las «bases generales», es decir, las «directrices» y los «principios fundamentales» que deben orientar al derecho penal que debe regir en México y que tendría principalmente la función de unificar los contenidos de la parte general del derecho penal mexicano, si bien podría también establecer algunas bases que orienten los contenidos de la parte especial de los Códigos Penales, sobre todo por lo que hace a los bienes jurídicos que deben ser protegidos penalmente y con relación a los tipos y montos de las punibilidades que deben establecerse.

III. CRITERIOS QUE DEBEN ORIENTAR LA LEGISLACIÓN PENAL UNIFICADA

1. La orientación filosófico-política de la moderna legislación penal

1) Por razón de lo anterior, habrá que admitir que el derecho penal – como expresión de la política criminal– no puede estar desvinculado de cuestiones filosóficas y políticas, como tampoco puede estarlo de todas aquellas que tienen que ver con la realidad social, política, cultural y jurídica, en la cual tiene aplicación este sector del ordenamiento jurídico nacional. Resulta indispensable que, al plantearse una nueva legislación penal, se precise la *orientación filosófico-política* que debe seguir, si debe ser igual o diferente a la seguida por la vigente legislación penal mexicana; debe conocerse los rasgos característicos de ésta y de la legislación comparada, para tener un referente de lo que se quiere para el futuro derecho penal mexicano. Esa orientación tiene que ver con los *principios fundamentales* que sirven de sustento al derecho penal; por lo que, para establecer las bases del futuro derecho penal, habrá que precisar los principios rectores de la nueva legislación penal.

2) El derecho penal mexicano ha receptado la influencia del espíritu del Derecho penal moderno de corte liberal, que se sustenta en ciertos criterios y principios que de alguna manera también han orientado y caracterizado a las legislaciones penales de muchos países del mundo. Pero, las legislaciones penales mexicanas no sólo han sido impactadas por el pensamiento *clásico*, sino también por el *positivista*¹⁸; y lo cierto es que hasta ahora no han estado en condiciones de cumplir con su objetivo fundamental de proteger los bienes jurídicos tanto de los individuos como de la colectividad frente al delito; lo que, sin duda, es atribuible a una diversidad de causas, entre las que destaca el propio sistema procesal penal, que tiene la función de hacer realidad los objetivos del derecho penal. No obstante, los criterios político-criminales que los Códigos Penales han seguido, como es la expansión penal, mucho tienen que ver con esos déficits cualitativo y cuantitativo del sistema penal, sobre todo por

¹⁸ Pero, la sombra del positivismo y, consecuentemente, de la ideología autoritaria, está aún latente en las legislaciones penales mexicanas, así como bastante impregnado en la ciencia penal y, sobre todo, criminológica de nuestro tiempo. Por lo que, la lucha en ambos campos continúa, y seguramente seguirá insistiendo en enfrentarse al pensamiento liberal y democrático de la primera mitad del siglo XXI, sin que sea previsible el final de esa lucha; pues, no hay duda que en el futuro seguirán existiendo corrientes encontradas de pensamientos, y de igual manera existirán las decisiones político-criminales que continúen tejidas en torno de principios y supuestos propios de otras épocas.

la prevalencia del *pensamiento positivista*¹⁹. Por ello, se impone revisar esos criterios a la luz de nuestra realidad actual y de sus bases constitucionales, para que en esa tarea unificadora de la legislación penal los criterios político-criminales que se sigan se ajusten tanto a los requerimientos que se derivan de la realidad nacional como a los lineamientos constitucionales de Estados democráticos de derecho. Asimismo, un *gran reto* de la nueva legislación será el contar con los mejores criterios de interpretación para lograr una aplicación racional y equilibrada de la misma y posibilitar que los objetivos que se atribuyen al Derecho penal se alcancen de manera óptima.

2. Criterios político-criminales a seguir

1) Son muchos los criterios político-criminales a seguir; pero, por razones de tiempo y espacio, me limito a señalar solamente algunos. El *Código Penal único*, se orientará por los criterios y principios político-criminales propios de Estados democráticos de derecho; por lo que, debe basarse en los lineamientos constitucionales y de instrumentos internacionales suscritos por México, para que el ejercicio del poder penal se realice dentro de límites precisos y se garanticen los derechos humanos frente al ejercicio de ese poder penal. Para ello, se determinará la orientación filosófica y político-criminal de la actual legislación penal y de la que deberá regir en México, y los criterios básicos para la aplicación racional de ésta tanto en la federación como en las entidades federativas.

2) La nueva legislación penal debe responder a las realidades y necesidades nacionales, para que sea una auténtica respuesta a sus requerimientos y pueda ser un factor importante para la transformación esencial del sistema de justicia penal mexicano.

3) Habrá que partir de un *diagnóstico* de la realidad en materia delictiva, de la realidad en materia de justicia penal y de la legislación penal en el país; a partir de ello, asumir una *visión integral* de la política criminal que debe seguirse en el país y plantear nuevas alternativas político-criminales frente al delito, para garantizar una mejor protección de los bienes jurídicos. Lo que implica, considerar las transformaciones que el fenómeno delictivo está experimentando en el ámbito nacional e internacional, tanto por efectos de la internacionalización y globalización como por los avances de la ciencia y la tecnología.

¹⁹ Véase sobre esto, RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, Manuel/ZAFFARONI, Eugenio R., Siglo y medio de codificación penal en Iberoamérica, Universidad de Chile, Valparaíso, 1980.

4) Hacer un uso más racional de las penas, sobre todo de la privativa de la libertad, y prever alternativas a la pena de prisión.

5) Habrá que considerar las diversas implicaciones que el Código Penal único tendrá en todo el ordenamiento jurídico nacional, para contemplar las reformas a varias leyes relacionadas, como las *leyes generales* y las *leyes penales especiales* de carácter federal, y decidir sobre la conveniencia o no de incluirlas en el Código Penal único, para que pueda darse la unificación legislativa auténtica en materia penal. Asimismo, la reforma que se haría a la Constitución para suprimir la facultad de legislar en materia penal a las entidades federativas y atribuírsela de manera exclusiva al Congreso de la Unión.

6) Homogeneizar los criterios a seguir en el diseño de los tipos penales y las punibilidades y precisar los contenidos y alcances de los presupuestos de la pena, para homologar los criterios jurisprudenciales, tanto desde la perspectiva político-criminal como dogmática. A partir de una concepción teórica y jurisprudencial consistente y ampliamente elaborada, procurar que la determinación de los contenidos materiales de los presupuestos de la pena, así como de las formas de realización del delito y los supuestos de exclusión del mismo y de la pena, entre otras cuestiones, igualmente respondan a exigencias democráticas para garantizar mayor seguridad jurídica a los destinatarios de la norma penal; entre otros criterios a seguir.

3. Aportaciones de la dogmática jurídico-penal

1) Ya que también son necesarias las precisiones de carácter *técnico* o teórico, sobre todo con relación a los presupuestos de la pena y a los supuestos en que aquéllos y ésta se excluyen, así como con relación a las formas de realización de la conducta penalmente relevante y las formas en que pueden incurrir en responsabilidad penal quienes intervienen en su realización, entre otras cuestiones, habrá que atender los criterios teóricos, ya que ellos tienen importantes repercusiones político-criminales con relación a los alcances del poder penal y de su ejercicio. Por ello, habrá que precisar cuál de las diversas corrientes de pensamiento dogmático habrá que seguir, atendiendo a sus propios fundamentos filosófico-científicos y a sus implicaciones teórico-prácticas; ya que entre dogmática penal y política penal debe existir una muy estrecha relación²⁰, y se parte de la base de que la dogmática jurídico penal puede cumplir

²⁰ Cfr. MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, *Dogmática penal y Política criminal*, Ed. Ibáñez (Colombia) y Ubijus (México), 2018.

la importante función de orientar las decisiones político-criminales para que éstas se ajusten a los requerimientos de un derecho penal propio de un Estado democrático de derecho; lo que implica, que la dogmática jurídico penal sería un instrumento adecuado para mantener el ejercicio del poder penal dentro de los límites que impone el sistema penal de este tipo de Estado, es decir, sería un mecanismo de contención del poder penal, sobre todo en tiempos en que éste se encuentra desbordado²¹.

²¹ Muestra de ello es que en septiembre de 2022 se realizó en la Ciudad de México un Seminario Internacional sobre «*Abuso y límites del poder penal en Estados democráticos del derecho. Especial referencia a México*», en el que el tema fue abordado desde la perspectiva del poder penal que ejercen los poderes legislativo, judicial y ejecutivo y en donde se destacó la importancia del papel que la dogmática jurídico penal puede jugar en este rubro. Próximamente aparecerá la memoria de este importante evento académico.

CAPÍTULO IX

JASPERS REVISITADO. PROLEGÓMENOS SOBRE LA RESPONSABILIDAD EN DERECHO PENAL INTERNACIONAL

CARLOS PÉREZ DEL VALLE

Catedrático de Derecho Penal.

Universitat Abat Oliba CEU. Barcelona

I. INTRODUCCIÓN

Creo no equivocarme al afirmar que, en la obra del Profesor de Vicente Remesal, hay un elemento troncal: la preocupación por los límites de la responsabilidad en el Derecho penal. Se trata de un problema presente desde su tesis doctoral¹ hasta sus más recientes trabajos, y muy especialmente cuando se refiere a la responsabilidad médica², aspecto en el que, según creo, no sólo ha contribuido de forma decisiva, sino que lo ha hecho creando campos nuevos de discusión.

Precisamente un ámbito en que este debate se encuentra particularmente abierto es el del derecho penal internacional. Su implantación ha sido tan rápida, que la teoría del derecho penal –en palabras de PAWLIK– no ha sido capaz

¹ DE VICENTE REMESAL, Javier, El comportamiento postdelictivo, Universidad de León, 1995.

² Entre otras, Die mutmassliche Einwilligung und ihre besondere Bedeutung im Rahmen einer Operationserweiterung, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 164/2017, págs. 689 ss.; Limitaciones de la intervención penal para la prevención de errores de medicación frente a otras medidas o estrategias preventivas, Cuadernos de política criminal 124/2018, pp. 63 ss.; El consentimiento en las lesiones causadas por intervenciones quirúrgicas, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 23, 2021, pp. 1 ss.

de seguir el ritmo, al menos en algunos de sus aspectos esenciales³. En mi opinión, uno de ellos es el fundamento de la idea de responsabilidad, que no puede resolverse, sin más, con una cierta analogía con el derecho penal estatal. La vinculación del derecho penal a la organización de una comunidad política, que suele reforzarse con la idea de soberanía⁴, sólo mediatamente actúa en derecho penal internacional como –porque lo es– derecho internacional⁵; pero, por otra parte, la concurrencia de la idea de responsabilidad individual con la de responsabilidad estatal o paraestatal –y tal vez, colectiva– es prácticamente necesaria en el ámbito del derecho penal internacional, a diferencia de lo que sucede en el derecho penal nacional, donde no pasa de ser un aspecto coyuntural. Creo que, al destacar la importancia de que el derecho penal internacional impute delitos concretos a individuos, se han dejado de lado algunas implicaciones que derivan de aquella concurrencia de responsabilidades.

Sobre este punto, la consideración de culpabilidad individual y colectiva o, más bien, su antinomia, ha sido precisamente objeto del estudio de Allan NORRIE, precisamente al examinar dos perspectivas que, desde Nuremberg, han resultado decisivas: la de Karl JASPERS y la de Hannah ARENDT⁶. También fue esta relación estudiada por CIGÜELA SOLA, al examinar las bases de la idea de responsabilidad colectiva en el estudio de la responsabilidad de las personas jurídicas⁷. JASPERS reunió, en su conocida obra *Die Schuldfrage*, las lecciones impartidas en el semestre de invierno de 1945/1946⁸, pocos meses después del fin de la guerra y, lo que a mi juicio es más relevante, pocos meses antes del comienzo de los juicios de Nuremberg⁹. Me dedicaré fundamentalmente a este texto, sin perjuicio de que, en otra ocasión,

³ PAWLIK, Michael, Rezension-Katrin Gierhake, Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 1/2006, p. 49.

⁴ Ilustrativo en este sentido, JELLINEK, que contempla el derecho penal como derivado del imperium (JELLINEK, Georg, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Mohr, 1892, p. 206, en nota al pie procedente de la página anterior), que no genera derecho subjetivo para ningún individuo (p. 156).

⁵ Cfr. JELLINEK, p. 309, System, diferenciando claramente sobre la base de la personalidad en el Derecho Internacional; también en *Allgemeine Staatslehre*, 3 ed., O. Häing, 1914, p. 387, para referirse después al derecho penal como regulador del derecho del Estado a castigar con penas (p. 388).

⁶ NORRIE, Alan, Justice on the Slaughter-Bench: The Problem of War Guilt in Arendt and Jaspers, *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, Vol. 11, n.º 2 (2008), pp. 187 ss.

⁷ CIGÜELA SOLA, Javier, *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal*, Marcial Pons, 2015, pp. 38 ss.

⁸ LIEB, Felix, Ein überschätztes Buch? Karl Jaspers und „Die Schuldfrage“, *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte*, Vol. 67, No. 4/2019, p. 571.

⁹ No obstante, JASPERS publicó durante esos meses algunas breves aportaciones sobre la cuestión, como destaca LIEB, *VfZ-4/2019*, p. 570: especialmente, en el discurso de apertura de la Universidad de Heidelberg, en agosto de 1945, con el título «Erneuerung der Universität», y en la respuesta al artículo de la escritora noruega Sigrid Undset, premio Nobel de literatura en 1928, publicado en die *Neue Zeitung* de 25 de octubre de 1945 con el título *Umerziehung der Deutschen*. A esta última respuesta, publicada en die *Neue Zeitung* el 4 de noviembre de 1945, haré alguna referencia posteriormente.

deba retomar también las reflexiones de ARENDT, que se enmarcan en su visión general sobre la responsabilidad¹⁰.

II. CULPABILIDAD POLÍTICA Y RESPONSABILIDAD COLECTIVA EN KARL JASPERS

Como es conocido, JASPERS diferencia cuatro conceptos de culpabilidad, que asocia a diferentes instancias en las que ésta se exige, y que «clarifica el sentido del reproche»¹¹: la culpabilidad criminal (jurídica), ante los tribunales; la culpabilidad política, ante el poder y la voluntad del vencedor (y aquí es indiferente que se trate de política interna o exterior); la culpabilidad moral, ante la propia conciencia y la comunicación ante amigos o sujetos próximos interesados en mi alma; y la culpabilidad metafísica, cuya única instancia es Dios¹². También las consecuencias son distintas: de los delitos que configuran la culpabilidad criminal, las penas; de la culpabilidad política, siempre la responsabilidad que supone la reparación y la pérdida y limitación de los derechos políticos, y en la guerra, las consecuencias impuestas por el vencedor, que pueden también tomar la forma de derecho con una medida determinada; de la culpabilidad moral, el proceso interno de arrepentimiento y regeneración; y de la culpabilidad metafísica, la conversión de la autoconciencia humana ante Dios¹³.

La cuestión de la responsabilidad colectiva es central en la distinción de JASPERS, porque era nuclear en su preocupación: un pueblo como un todo no puede ser culpable en ninguno de estos ámbitos, y sólo pueden serlo los individuos en sentido estricto¹⁴. Pero, simultáneamente, hace algunas matizaciones: aunque no haya culpabilidad política de todos los ciudadanos, sí hay una «responsabilidad de los ciudadanos en relación con las consecuencias de ac-

¹⁰ Es cierto que ARENDT responde a cuestiones específicas de responsabilidad, y aborda aspectos referidos a la responsabilidad colectiva, en ARENDT, *Eichmann in Jerusalem. A Report on the Banality of Evil*, publicada por primera vez en 1963 (citada en la edición de Penguin, New York, 2006). Existe, sin embargo, una concepción de la responsabilidad más amplia trazada en diversos trabajos, y que, además, conoció algunas modificaciones en el tiempo (sobre la bibliografía sobre la cuestión, por todos: LOH, *Janina, Verantwortung bei Hannah Arendt. Die Geburt der doppelten Daseinsverantwortung*, *Archiv für Begriffsgeschichte*, 2016, Vol. 58 (2016), pp. 159 ss).

¹¹ JASPERS, *Schuldfrage*, 1946, p. 20.

¹² JASPERS, *Schuldfrage*, pp. 17-21. A mi juicio, la distinción entre culpabilidad moral y metafísica, tal como es abordada aquí, es fundamentalmente kantiana y tiene razón, en ese sentido, CIGÜELA SOLA, al asociar la idea de culpabilidad moral en JASPERS con la ética kantiana (*La culpabilidad colectiva*, p. 43, nota 30); pero lo determinante aquí es, como se ha de ver, su separación de la culpabilidad metafísica.

¹³ JASPERS, *Schuldfrage*, p. 23.

¹⁴ JASPERS, *Schuldfrage*, p. 28: «Die kategoriale Beurteilung als Volk ist immer eine Ungerechtigkeit».

ciones estatales; no, sin embargo, culpabilidad criminal y moral de cada ciudadano en particular sobre los delitos cometidos en nombre del Estado»¹⁵. La diferencia entre culpabilidad (*Schuld*) y responsabilidad (*Haftung*) no ha pasado desapercibida a la doctrina, que intenta, sobre esta base, encontrar un alivio de la culpabilidad moral¹⁶. Pero, a mi juicio, lo más relevante de la distinción terminológica es que apunta a un cierto solapamiento de los cuatro conceptos de culpabilidad o, tal vez de modo más preciso, a la imposibilidad de ser culpable criminal, política y metafísicamente si no existe la capacidad de ser moralmente culpable¹⁷ (*imputabilitas* en un sentido kantiano¹⁸). Es posible una corresponsabilidad política –aquí Jaspers se refiere a la corresponsabilidad de una forma más genérica, como *Mitverantwortung*– en «la vida de la libertad política»¹⁹, que se funda en la idea de culpabilidad política como «responsabilidad de los ciudadanos en relación con las consecuencias de acciones estatales; no, sin embargo, culpabilidad criminal y moral de cada ciudadano en particular sobre los delitos cometidos en nombre del Estado»²⁰. Aunque soy consciente de que, en alguna ocasión, JASPERS no es tan estricto en el uso de la diferenciación entre culpa y responsabilidad²¹, creo que mi interpretación es la correcta si se tiene en cuenta la forma en la que aplica la idea al caso de Alemania y el nacionalsocialismo: «nosotros «respondemos» colectivamente», precisamente porque, en el estado moderno, al menos mediante el voto o la omisión del voto, existe una acción política del ciudadano, y, por eso, «el significado de la responsabilidad política no permite excluir a nadie»²².

Esta idea de «responsabilidad», en JASPERS, amplía la «culpabilidad»²³, cuando el reproche por la imprevisión de las consecuencias de actos poco

¹⁵ JASPERS, *Schuldfrage*, p. 20.

¹⁶ No rechaza totalmente la idea de la necesaria fundamentación moral, CIGÜELA SOLA (*La culpabilidad colectiva*, p. 45), para quien «la responsabilidad puede identificarse con una responsabilidad moralmente aséptica, moralmente neutra o débil».

¹⁷ En este sentido se manifiesta LANG: «If, for example, we ask in what sense the individual citizen of a country is responsible for his country's actions (the condition that Jaspers accepts for political guilt), we invariably come back, in my view, to individual acts which are not only «political» but also, in the term's usual sense, moral» (LANG, Berel, «Die Schuldfrage» Sixty Years After, *The Review of Metaphysics*-Vol. 60, N.º1, Sep. 2006, p. 114).

¹⁸ Sobre este concepto, PÉREZ DEL VALLE, *Imputabilitas*, *InDret Penal* 2/2015, pp. 1 ss.

¹⁹ JASPERS, *Schuldfrage*, p. 22.

²⁰ JASPERS, *Schuldfrage*, p. 20.

²¹ JASPERS, *Schuldfrage*, p. 28: «*Kollektivschuld eines Volkes* oder einer Gruppe innerhalb der Völker also *kann es* –außer der politischen Haftung– *nicht geben*, weder als verbrecherische, noch als moralische, noch als metaphysische Schuld» (cursiva en el original).

²² JASPERS, *Schuldfrage*, p. 46.

²³ JASPERS, *Schuldfrage*, p. 46: «Existe, por tanto, culpabilidad colectiva como responsabilidad política de los ciudadanos de un Estado, aunque no en el mismo sentido de la culpabilidad criminal, moral o metafísica».

próximos a aquéllos que generan culpabilidad política en sentido estricto o culpabilidad criminal²⁴. No hay culpabilidad colectiva del grupo como sujeto de imputación, sino responsabilidad colectiva del grupo porque resulta imposible, si se pertenece al grupo, no ser responsable, al menos, en ese sentido: no haber previsto que los actos o las omisiones, en determinados momentos, acarrearían consecuencias que implican culpabilidad criminal. KLAMP, en su re-
censión casi inmediata a la publicación de la obra, habla de «una forma de culpabilidad colectiva moral», porque, en relación con «las condiciones políticas que prevalecen en cada caso dentro de mi propio pueblo (...) de alguna manera también soy moralmente responsable (haftbar) y soy responsable (verantwortlich) ante mi propia conciencia»²⁵. Creo que esta interpretación queda avalada por el esfuerzo de JASPERS en considerar ineludible la responsabilidad de todos los ciudadanos²⁶, que no puede excluir a sujetos «apolíticos», porque no lo son realmente²⁷: «la atmósfera de subordinación es, en cierto modo, responsabilidad colectiva»²⁸.

III. RESPONSABILIDAD POLÍTICA COLECTIVA Y «CULPABILIDAD EN LA HISTORIA»

Resulta incuestionable lo atractivo de la propuesta: una culpabilidad –o, si se quiere, la responsabilidad– colectiva concurrente con una culpabilidad individual. El derecho penal internacional encuentra su origen, precisamente, en un dilema sobre la compatibilidad entre responsabilidad del Estado y responsabilidad de los individuos²⁹, y, por esta razón, este principio de convergencia de

²⁴ A esto hace referencia LANG en su objeción sobre la insistencia de JASPERS en separar culpabilidad política de culpabilidad moral, porque «moral guilt, as Jaspers contrasts it, requires the consciousness and assent of the person judged» (LANG, *The Review of Metaphysics*-Vol. 60, N.º 1, Sep. 2006, p. 109). Sin embargo, LANG presenta esta idea como una crítica, porque, «para JASPERS, la culpabilidad política es impersonal»: creo que mis argumentos en el texto muestran que esta opinión no es correcta y que, por el contrario, la culpabilidad política no escapa, en JASPERS, a presupuestos de cierta culpabilidad moral.

²⁵ KLAMP, Gerhard, *Buchbesprechung Karl Jaspers: Die Schuldfrage*, *Zeitschrift für philosophische Forschung*-1947, Bd. 1, H. 2/3, p. 441.

²⁶ JASPERS, *Schuldfrage*, p. 46, sobre la responsabilidad, en el Estado moderno, mediante el voto o la omisión del voto. También se confirma aquí la tesis de que la capacidad de culpabilidad moral y, por tanto, la culpabilidad moral misma (mayor o menor), es común denominador en todos los casos, como se observa el desarrollo ulterior de la culpabilidad moral de quienes participaron de forma activa en acciones políticas –incluso de propaganda–, aunque no fuesen criminalmente culpables, o de quienes lo hicieron pasivamente (*Schuldfrage*, p. 53)

²⁷ JASPERS, *Schuldfrage*, p. 47.

²⁸ JASPERS, *Schuldfrage*, p. 59.

²⁹ Frecuentemente, se describe la evolución del derecho penal internacional como un camino hacia la responsabilidad individual en el plano internacional. Ciertamente, es hoy característico del derecho

una y otra ofrecería una base para la búsqueda de una solución, que posiblemente se encontraría también en la confluencia de sanciones en dos sistemas: derecho internacional público y derecho penal, tal vez internacionalizado.

Pero las críticas a JASPERS son también relevantes en este aspecto, que derivaría de su idea de extensión de la culpabilidad política, que de todos modos no abandona un presupuesto último de culpabilidad de los individuos. Como indica LANG, la culpabilidad política no sólo tiene implicaciones en el presente, sino también en el futuro, sin que, a diferencia de la culpabilidad individual, que tiene un límite en la vida del sujeto, sea posible contemplar un momento final –«natural o formulado», dice LANG– en estas consecuencias³⁰.

La cuestión del tiempo no es, como se ve, irrelevante, si se tiene en cuenta, además, que la aceptación de una culpabilidad colectiva trasciende a la generación de quienes fueron «responsables» de su origen. JASPERS anota, sobre el precedente del nacionalsocialismo: «tenemos que hacernos cargo de la culpabilidad de los padres», porque «nos seguimos sintiendo involucrados (...) en el contexto de la tradición», en la co-culpabilidad (*Mitschuld*) en que se dieran las condiciones de ese régimen, porque «hay algo en nuestra tradición como pueblo, poderoso y amenazador, que es nuestra ruina moral»³¹. ¿Es entonces la culpabilidad política una «culpabilidad en la historia»?

Sobre este punto, las reflexiones de HERMS, a propósito de la denominada «disputa de los historiadores» (*Historikerstreit*), son de especial interés³². Aunque HERMS piensa que los sujetos de la historia son los sistemas socia-

penal internacional o, mejor dicho, el castigo de crímenes internacionales en una jurisdicción internacional, que se constituya en sistema de sanción para individuos. Pero la primera propuesta de Moynier es de una regulación estatal de delitos de guerra, y sólo en un segundo momento se plantea Moynier la creación de un tribunal internacional que exija responsabilidad a individuos. Sobre esta cuestión, SEGESSER, Daniel Marc, *Plus pragmatique que visionnaire: Gustave Moynier, la guerre franco-prussienne et les infractions au droit de la guerre*, *Revue d'histoire du XIXe siècle*, 60 (2020/1), pp. 163 y ss.

³⁰ LANG, *The Review of Metaphysics*, Vol. 60, N.º1 (Sep. 2006), p. 109.

³¹ JASPERS, *Schuldfrage*, p. 60.

³² HERMS, Eilert, *Schuld in der Geschichte: Zum «Historikerstreit»*, *Zeitschrift für Theologie und Kirche*, Vol. 85, No. 3 (August 1988), pp. 349 ss. Dos aclaraciones me parecen necesarias. Por un lado, el contexto de la «Historikerstreit» (el debate, sobre todo, entre Nolte y Habermas, a partir de tesis revisionistas de la historia del nacionalsocialismo, a mediados de los años 80 del S. XX) no afecta al tema que trato, y sólo me ocupan las reflexiones de HERMS. Por otra parte, HERMS, teólogo evangélico, desarrolla sus tesis iniciales en la perspectiva de la historia; la explicación ulterior en la perspectiva de la teología fundamental, de la teología moral o de la historia de la Iglesia no es examinada ahora. Lo que trata HERMS, aunque se refiera de modo especial a la supuesta responsabilidad de la Iglesia Evangélica en el nacionalsocialismo, va más allá de la discusión alemana sobre el nacionalsocialismo: por eso han sido retomadas tras la caída del muro y en relación con la represión comunista en la República Democrática Alemana, por BEINTKER, Michael, en *Die Schuldfrage im Erfahrungsfeld des gesellschaftlichen Umbruchs im östlichen Deutschland: Annäherungen*, *Kirchliche Zeitgeschichte*, Vol. 4, No. 2 – *Schuld und Verhängnis* (November 1991), pp. 445 ss.

les³³, las consecuencias históricas responden a acciones de individuos, que confluyen con las de otros, por lo que la identificación de las relaciones entre acciones y consecuencias sólo es posible con la determinación de ciertas reglas conocidas por las que pueda definirse esa relación, y que, además, éstas se establezcan sobre medidas objetivas³⁴. La dificultad de estas exigencias no implica, sin embargo, imposibilidad: «sólo se puede hablar de «culpa en la historia» cuando se entiende que el hombre no sólo sufre la historia, sino que contribuye a configurarla responsablemente; y no sólo como especie, sino también como individuo». HERMS enlaza aquí con la idea de «culpabilidad colectiva», que explícitamente toma de JASPERS: una culpabilidad colectiva no nace de una simple mala conciencia generalizada, sino de «una visión clara del surgimiento de la culpa colectiva a través de la síntesis del fracaso individual», que surge de acuerdo con aquellas reglas objetivas de la interacción social que permiten responsabilizar a los individuos³⁵.

JASPERS ya lo advertía al hablar de la «co-culpabilidad en la tradición»: esta culpabilidad no es objetivable³⁶; pero esto no significa que no sea también personal en el sentido al que me he referido antes, y que no es otro que la referencia a un sujeto con capacidad de culpabilidad moral. Lo «no objetivable» es, entonces, la determinación de las reglas de interacción, en un sentido objetivo, y la previsibilidad en sus presupuestos, en un sentido subjetivo. Esta perspectiva sobre la «culpabilidad en la historia» confirma el posicionamiento inicial: la culpabilidad política colectiva no prescinde de la culpabilidad moral, porque sobre la culpabilidad pesa la previsibilidad de las consecuencias. Que JASPERS acentúe el relieve de la culpabilidad política en relación con la reparación material³⁷ significa precisamente esto: asumir «la culpabilidad de los padres» no implica «ser culpable», sino asumir consecuencias de la responsabi-

³³ HERMS, ZThK 85 (1988), p. 353. Aclara, no obstante, su discrepancia en la concepción de los sistemas con Niklas LUHMANN (nota 14, pp. 353-354).

³⁴ HERMS, ZThK 85 (1988), p. 353.

³⁵ HERMS, ZThK 85 (1988), p. 362. Me parece claro que la visión de HERMS es propia de su concepción de la culpabilidad histórica, porque lo relevante es que lo negativo no se ha de repetir: «de la culpabilidad histórica tiene que ver con una concepción de la culpabilidad: «únicamente esa percepción hace que una culpa similar sea evitable en el futuro».

³⁶ JASPERS, Schuldfraage, p. 59.

³⁷ LANG, The Review of Metaphysics-Vol. 60, N.º1 (Sep. 2006), p. 109: «Jaspers's view of political guilt here seems directed specifically to the matter of reparations»; también en p. 114: «political guilt is requited by material reparation made through the state». El argumento de LANG está vinculado, además, a la separación estricta entre culpabilidad política y moral (una clara contraposición entre culpabilidad política, que llega a denominar «material», y moral, en p. 110), que, como se puede observar en el texto, no comparto.

lidad que van más allá de la vida de quienes lo fueron políticamente³⁸. Esto es lo que sucede, en el derecho, con la responsabilidad civil derivada de un hecho dañoso, y puede suceder, en el plano de la responsabilidad política: la obligación de reparación material constituye una forma de responsabilidad que, quienes son culpables, transmiten a quienes les suceden.

IV. ¿CULPABILIDAD METAFÍSICA COLECTIVA?

En cualquier caso, esta dificultad que representa la idea de culpabilidad colectiva se ha intentado resolver también desde la propia categorización de Jaspers, pero intentando mantener la distancia con la idea de culpabilidad moral. Esta es la propuesta de Norrie: una «forma extendida de culpabilidad metafísica»³⁹, que desarrolla como «una quinta forma «oficiosa» de culpabilidad»⁴⁰.

La esencia de la responsabilidad metafísica, según NORRIE, no reside en lo que hacemos o sabemos, sino en la relación entre lo que hacemos y sabemos y lo que se encuentra más allá de nuestros actos y conocimientos, en el más amplio mundo del que formamos parte⁴¹. NORRIE, en su interpretación de la culpabilidad metafísica, parte de la idea de solidaridad⁴², que JASPERS destaca desde un primer momento al definirla⁴³; pero, a mi juicio, necesita delimitar el con-

³⁸ JASPERS, Monatshefte-38/1946, p. 116: «Responsabilizarse no significa reconocerse culpable (Haftbarmachen heißt nicht Als-schuldig-erkennen)»; aunque, como se desprende de lo que mantengo en el texto, «reconocerse culpable» sería, en JASPERS, responsabilidad «con previsión» de las consecuencias.

³⁹ NORRIE, *New Criminal Law Review* 11-2008, p. 222, y antes en p. 220: «sólo el concepto de culpa colectiva, informado por una idea subyacente de culpa metafísica, puede capturar el sentido de que la culpa residía en la vasta mayoría de los alemanes». El distanciamiento de la idea de culpabilidad moral está motivado por la finalidad de su propuesta. Lo que pretende NORRIE es superar lo que denomina «melancolía moral» de ARENDT, motivada precisamente por la ceguera moral de Eichmann: «la solución de ARENDT al problema de cómo castigar a un Eichmann es tratarlo como a alguien que carece de las plenas capacidades morales del ser humano, pero este reconocimiento pone fin a la falta de comunidad moral que de otro modo haría posible la justicia». Más adelante explica el dilema de ARENDT: «por un lado, ella no puede reconciliar el castigo con un sentido moderno de la justicia; de otro, está convencida de la necesidad del castigo» (p. 224). Como indiqué al principio, no me voy a ocupar ahora de ARENDT, y me interesa únicamente la propuesta de NORRIE en cuanto está vinculada a la categorización de la culpabilidad de JASPERS. Por tanto, en el texto me limito a examinar la coherencia interna de la idea propuesta, sino sólo si la interpretación de JASPERS es adecuada.

⁴⁰ NORRIE, *New Criminal Law Review* 11-2008, p. 216.

⁴¹ NORRIE, *New Criminal Law Review* 11-2008, p. 222.

⁴² NORRIE, *New Criminal Law Review* 11-2008, p. 212: esta solidaridad universal es a la vez trascendente y experiencial, y «hace a todos los seres humanos responsables, de algún modo, de toda injusticia en el mundo».

⁴³ JASPERS, *Schuldfrage*, p. 20: «hay una solidaridad entre los seres humanos como seres humanos, que a cada uno le hace corresponsable de todo hecho injusto y de toda injusticia en el mundo, especial-

cepto: por una parte, la culpabilidad metafísica debería desprenderse de su contenido «cristiano pietista» o simplemente «teista»⁴⁴; por otro, ha de superar la separación entre las formas de culpabilidad «internas» y «externas» y presentarse «ahí fuera» (out there) sin someterse a la forma de diálogo «interior» de unas o sujetarse al control de procesos legales de las otras⁴⁵.

Soy consciente de que, en tan pocas palabras, es difícil condensar una posición como la de NORRIE, pero intentaré, en mi respuesta, recuperar la complejidad de su razonamiento en este punto. Lo nuclear se encuentra en su visión de la culpabilidad metafísica de JASPERS, que examina con notable profundidad; pero este examen es más bien una descomposición de esta idea. Esto es obvio cuando identifica hasta nueve «diferentes criterios de conexión de lo «metafísico» con la culpabilidad»⁴⁶. En realidad, estos criterios, tal como los expone, son niveles en la valoración de la culpabilidad metafísica: las condiciones de su existencia (vivir en la historia y en la política, y en las relaciones de poder, con la identificación de lo incondicionado de las relaciones humanas, y sobrevivir al crimen) y su presupuesto (falta de solidaridad con el ser humano como tal); la forma en que se manifiesta (culpa colectiva de un pueblo) y su presupuesto (la culpa común de la humanidad como pecado original); y la consecuencia necesaria por la que se ha resolver (la reflexión sobre el camino a la autopurificación) y el modo en que ha de resolverse (en la relación con Dios). Tiene razón NORRIE al subrayar la conexión entre todos estos aspectos y también cuando, como señala más tarde, critica –utilizando las palabras de JASPERS– los límites de una visión meramente analítica⁴⁷. Sin embargo, su interpretación del reconocimiento de estos límites se basa en una identificación entre lo «metafísico» y el «mundo de los sentimientos (the realm of feeling)», y en una contraposición entre lo metafísico y lo filosófico-analítico en las distinciones sobre la culpabilidad que no se corresponde, a mi juicio, con la visión de JASPERS: si JASPERS no quisiera hacer un análisis, no distinguiría, y lo hacía en torno a la instancia; pero la «quinta» forma de culpabilidad de NORRIE carece de instancia. ¿Ante quién se responde colectivamente por esta culpabilidad análoga a la metafísica?

mente de los crímenes cometidos en su presencia o su conocimiento; si no hago lo que puedo para evitarlo, soy co-culpable».

⁴⁴ NORRIE, *New Criminal Law Review* 11-2008, p. 212

⁴⁵ NORRIE, *New Criminal Law Review* 11-2008, pp. 214-215, 219-220.

⁴⁶ NORRIE, *New Criminal Law Review* 11-2008, pp. 211-212, nota 79.

⁴⁷ NORRIE, *New Criminal Law Review* 11-2008, p. 218.

Por otro lado, es indudable, en JASPERS, el condicionamiento de su propia experiencia⁴⁸, que provoca, con frecuencia, juicios que podrían ser evocaciones de sentimientos sobre la situación del pueblo alemán en ese preciso momento histórico. No sólo por su propia experiencia: Jaspers se ve obligado a responder a un mundo indignado, y esto se observa muy claramente en los escritos que precedieron la publicación de die Schuldfrage, y especialmente en su respuesta a Sigrid UNSET: la conocida refutación de la culpabilidad de un pueblo⁴⁹, a la que he hecho referencia con algunos matices, aparece ya aquí⁵⁰. Precisamente subraya que la inculpación de un pueblo, como en el caso alemán en relación con su carácter⁵¹, se basa en una confusión entre conceptos de especie y conceptos de tipo: el carácter al que se hace referencia puede ser una característica tipológica, que estaría presente con frecuencia en los individuos, pero no una característica de la especie, que debería concurrir en todos ellos, y posiblemente sólo en ellos⁵². Aunque se discuta esta distinción, no cabe ver aquí sino la voluntad de encontrar una respuesta analítica al reproche. En otras palabras: la integración de ciertos sentimientos, que afectan incluso a la motivación de JASPERS en sus reflexiones, no evitan ni son contradictorios con su forma de pensamiento filosófico. Podría afirmarse más allá, que las líneas argumentales esenciales de NORRIE dejan de lado, según creo, que el concepto de culpabilidad metafísica tiene unas bases fundamentalmente kantianas.

Por esa razón, la exigencia de que la «quinta» forma de culpabilidad, como extensión de la culpabilidad metafísica, quede desprovista de lo que NORRIE, adoptando palabras de BLÜCHER, entiende como un carácter pietista,

⁴⁸ LIEB, VfZ-4/2019, p. 569: «Para el mismo Karl Jaspers fue el libro un intento de procesar sus experiencias personales durante el nacionalsocialismo». Como es conocido, JASPERS tuvo que dejar de impartir clases en Heidelberg, donde era profesor ordinario, en 1933, y en 1937 se retiró; su esposa, Gertrud, era judía, pero no abandonaron Alemania (aunque tuvo algunos planes, y una llamada formal desde Basilea, en 1941, a la que renunció por la prohibición de viajar que recaía sobre su esposa), y logró evitar su traslado a un campo de concentración gracias a los contactos con la policía en Berlín de su amigo Emil Henk, vinculado al Círculo de Kreisau y, por tanto, a la oposición al nacionalsocialismo (pp. 569-570). El mismo NORRIE señala que la clave para comprenderlo es entender que se trata de la propuesta de «quien ha vivido en Alemania, durante la guerra, con una mujer judía, en una condición de «exilio interior»» (New Criminal Law Review 11-2008, p. 219).

⁴⁹ JASPERS, Schuldfrage, p. 28: «el juicio categorial como pueblo es siempre una injusticia; exige siempre una substancialización incorrecta – tiene como consecuencia una degradación del individuo».

⁵⁰ JASPERS, Antwort an Sigrid Unset (1945), Monatshefte, Vol. 38, No. 2 (Feb., 1946), pp. 115 ss.

⁵¹ Cita literalmente a UNSET, en el entrecomillado: «su concepción de «una mentalidad nacional, particularmente visible para los pueblos vecinos», afirma un carácter alemán que ha permanecido constante a lo largo de todos los tiempos y que se refleja con toda claridad en el nazismo» (JASPERS, Monatshefte, 38/1946, p. 117). Antes menciona las alusiones al «mundo alemán de las ideas» o el «pensamiento alemán del pasado», que se dibujarían como precedentes del nacionalsocialismo; JASPERS responde: «nuestro mundo de las ideas es el mundo de Lessing, Goethe, Kant y de muchos de los grandes» (p. 116).

⁵² JASPERS, Monatshefte, 38/1946, p. 117.

es contraria a su propia conformación⁵³. La solidaridad es esencial en la culpabilidad metafísica porque JASPERS la diseña de una forma sustancialmente separada de la culpabilidad moral. Lo esencial es la instancia ante la que se responde, y la separación de la respuesta ante la propia conciencia y ante Dios se apoya, sustancialmente, en una conciencia kantiana, sujeta sólo a la ley que representa el imperativo categórico, que define lo moralmente valioso de modo formal⁵⁴; la conciencia moral es «ser consciente de lo que es deber para uno mismo», y puede definirse como «el juicio moral dirigido sobre sí mismo»⁵⁵. Esto es lo que quiere decir cuando indica que la instancia de la culpabilidad moral es la propia conciencia, y cuando separa de ella una culpabilidad metafísica sobre la que sólo se responde ante Dios: para KANT, a Dios se le sirve de forma invisible, «con la actitud de observar todos los deberes verdaderos como mandamientos divinos»⁵⁶.

No hay en JASPERS, por tanto, analogía con la culpabilidad metafísica, sino culpabilidad colectiva con una base moral. Tajantemente rechaza la identificación de la culpabilidad metafísica con el pecado original, porque «no puede ser un camino para eludir la culpabilidad alemana»⁵⁷. En cualquier caso, es cierto que la solidaridad de la culpabilidad metafísica ayuda a entender la responsabilidad colectiva, siempre que el pecado original no se entendiera como

⁵³ El reproche es poco razonable. Aunque la filosofía de la religión ocupa un lugar fundamental en JASPERS, es precisamente criticado por su subjetivismo (por ejemplo, por Karl BARTH), y la influencia de KANT en este punto es también decisiva; la diferencia es que JASPERS traslada a la conciencia del sujeto la separación entre razón pura y razón práctica (KLENK, G. F., *Existenzphilosophie und Religion bei Karl Jaspers*, Gregorianum, Vol. 35, N.º 2 (1954), pp. 206 ss, p. 218). No puede olvidarse que un sector de la teología protestante recibió una considerable influencia de KANT, cuya concepción de la moralidad llevaba a considerarle como «restaurador de la antigua concepción de la Reforma»: «el perfeccionamiento del método de conocimiento de la ética en Kant tiene la significación de una restauración del protestantismo» (RITSCHL, Albrecht, *Die christliche Lehre von der Rechtfertigung und Versöhnung* Bd. 1, 2.ª ed., Adolf Marcus, 1882, p. 431).

⁵⁴ El imperativo categórico «no afecta a la materia de la acción y lo que de ella ha de resultar, sino de forma y el principio de que deriva, y lo esencialmente-bueno de aquélla consiste en la actitud» (KANT, *Grundlegung der Metaphysik der Sitten* (1786), Akademie Ausgabe-IV, p. 416), porque la autonomía de la voluntad es «el principio superior de la moralidad» (p. 440).

⁵⁵ KANT, *Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft* (1793), Akademie Ausgabe-VI, pp. 185-186. Esto es así hasta tal punto, que «si una acción es correcta o incorrecta, no lo juzga la conciencia, sino la razón» (p. 185).

⁵⁶ KANT, *Die Religion*, p. 192. La finalidad de esta afirmación es negar los actos de culto, a los que sólo reconoce un valor pedagógico (así acaba la frase: «no en actos destinados exclusivamente a Dios (nicht in ausschließlich für Gott bestimmten Handlungen [kann] bestehen)»), pero el presupuesto es el que indico en el texto. RITSCHL consideró que, para KANT, la idea de religión deriva de la moral, como su causa real (RITSCHL, Albrecht, *Die christliche Lehre*, p. 447).

⁵⁷ JASPERS, *Schuldfrage*, p. 77. Esta idea del pecado original, como riesgo de evitar la culpabilidad concreta en el individuo, es una constante en JASPERS: «quien reconoce el pecado original como culpabilidad total y vive globalmente como pecador tiende a evadir el reconocimiento de la culpabilidad específica, aquí y ahora, y su reparación» (JASPERS, *Der philosophische Glaube angesichts der Offenbarung* (1962), Gesamtausgabe, Bd 1/13, Schwabe, 2016, p. 81)

una predeterminación biológica que precede a la existencia del individuo, sino como la imposibilidad de que ningún individuo inicie su existencia desde un «punto cero», en un *status integritatis*, sólo condicionado por sus decisiones libres⁵⁸. Entonces, su carácter colectivo no estaría tan lejos de la idea de la culpabilidad metafísica de JASPERS; pero, en ese caso, no es el condicionamiento lo que genera responsabilidad, sino la ausencia de reacción moral ante ese condicionamiento.

V. CONCLUSIÓN

La responsabilidad colectiva se configura fundamentalmente, en JASPERS, como una forma de culpabilidad política. En todas y cada una de las formas de culpabilidad que desarrolla subyace una de ellas: la culpabilidad moral, y esto sucede también en la culpabilidad política colectiva. La objetivación de la responsabilidad, que seguramente se establece sobre la necesidad de una respuesta material, que debería ser también colectiva, es contradictoria con sus propios presupuestos sobre la imputación colectiva; la construcción de una forma de culpabilidad análoga a la metafísica se perfila como una forma de censura colectiva, que sólo sería posible sobre un reproche moral de cada individuo.

Por esa razón, no hay sólo culpabilidad moral del sujeto al que se pueden atribuir crímenes, sino también de los sujetos que, por el hecho de ser miembros de una comunidad política, pudieron impedirlos de una u otra forma (porque contribuyeron a la configuración de esa situación), y que, de algún modo frecuentemente se arroga a la propia comunidad. Esto es, a mi juicio, claro en JASPERS, aunque negando a esta última efectos desde el derecho penal: de algún modo, la responsabilidad colectiva cierra el paso a la pena. La revisión de esta idea, tanto en una perspectiva positiva (los límites de la responsabilidad penal en omisiones más o menos concretas) o negativa (la ceguera moral en una comunidad determinada) queda abierta, y necesariamente a partir de la lectura de Hannah ARENDT.

En todo caso, sirvan estas reflexiones como homenaje al Profesor de Vicente Remesal, en reconocimiento a su tan estimable trayectoria académica, y en la esperanza de que sigan siendo oportunidad de compartir el diálogo científico que siempre fue fructífero.

⁵⁸ RATZINGER, Joseph, *Einführung in das Christentum*, Kösel, 2000, p. 234.

CAPÍTULO X

EL SABER JURÍDICO PENAL EN SU RELACIÓN CON EL MUNDO EXTERIOR (ESPECIAL REFERENCIA A LA OBRA DEL DR. JAVIER DE VICENTE REMESAL)

JULIO RODRÍGUEZ BERRIZBEITIA

Expresidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela

*Lo no pensado es el don más sublime
que un pensar tiene para ofrecer*

Martin Heidegger

En primer lugar, debo agradecer la generosidad de los promotores de este libro homenaje al Dr. Javier de Vicente Remesal por haberme invitado a participar en él. Conocí a Javier en el año 1978 en los cursos de doctorado de la Universidad de Salamanca. Desde esa fecha a pesar de la distancia hemos estado siempre en contacto. Admiro en él su capacidad intelectual y su confianza en los proyectos que ha asumido. Ya en los tiempos de Salamanca y en los breves días que tuvimos la oportunidad de compartir en el VIII Congreso Internacional de Criminología de Lisboa tenía clara su intención de complementar su formación en Alemania como paso previo a la elaboración de su Tesis doctoral. Tuvo en ese sentido la suerte de contar con juristas de primera categoría como los doctores ROXIN y LUZÓN PEÑA. Creo que no es exagerado el comentario del profesor Diego Luzón al prologar la obra de Javier *El comportamiento postdelictivo* al señalar que la misma es: «...por su contenido

una excelente y completísima monografía sobre un tema muy importante, complejo y difícil de la Parte general del Derecho penal que se encuentra a caballo entre la mayoría de sus puntos nucleares a saber: la teoría del delito, la de su autor o delincuente y la teoría de la pena (de la determinación y los fines de la misma) ¹».

Pero Javier no sólo ha sido un notable pensador de los temas que abarca su disciplina. Ha sabido con generosidad, la misma que lo caracteriza en el trato con los demás, saber enseñar el Derecho penal. Esa nota característica que lo ha llevado a distintos lugares de Iberoamérica a través de la Fundación Internacional de Ciencias Penales.

En el verano de 2022 tuve la oportunidad de pasar unos días en compañía de mi esposa con Javier y Else Karen en Vigo. Ya regresando, Javier me proporcionó un ejemplar de su tesis doctoral. Ya me la había enviado en el año 87. Tuve, después de tantos años y experiencias variadas en el campo profesional y académico, la oportunidad de volverla a leer. Esta segunda lectura me generó una reflexión que quisiera compartir con ustedes. La misma se relaciona con temas tratados en algunas de mis obras: acción, intencionalidad, pensamiento, voluntad, libertad, libre arbitrio, sociedad, religión, etc. La lista puede ser larga pero la obra ya señalada de Javier toca mucho de estos temas tratando de mantenerse dentro de la frontera –cuando es posible– que exige la ciencia penal. En tal sentido el profesor Javier de Vicente Remesal escoge un tema complejo como el «comportamiento postdelictivo» para proporcionarnos una reflexión total del Derecho penal, en especial el español y el alemán, donde la doctrina, la jurisprudencia y el Derecho positivo actual o histórico se analizan con el cuidado de un científico que se esmera en no emitir opiniones personales si no ha argumentado, utilizando todas las fuentes disponibles, los distintos problemas que surgen en el proceso de análisis de la temática asumida en su trabajo.

No podría hacer un análisis de todo lo tratado por él por la riqueza de sus consideraciones con las cuales llegamos a las conclusiones antes de leerlas, porque esa es la metodología que escogió el autor, para que las conozcamos antes de la lectura del final de su trabajo. Sin embargo, hay algunas afirmaciones que nos proporcionan elementos para profundizar reflexiones que hemos considerado en el desarrollo de este breve artículo. Sin extendernos en toda la profundidad del análisis de Javier quisiera escoger, con una consideración que en el caso nuestro va más allá de lo jurídico, algunas de sus afirmaciones de

¹ LUZÓN PEÑA, D., Prólogo en DE VICENTE REMESAL, J., El comportamiento postdelictivo, Universidad de León, Secretariado de Publicaciones, León, 1985, p. 23.

extremado valor, lamentablemente es una fórmula que pudiera parecer arbitraria pero la misma me vincula con temas que quiero compartir con ustedes. En función de lo ya señalado, con el permiso del profesor de Vicente Remesal, desgranemos parte de este material.

I. VIDA Y ACCIÓN

Para el título de esta parte del artículo tomamos una obra de Michael Thomson² sobre la cual hemos escrito en trabajos anteriores. Al final la Acción humana es nuestra forma de manifestarnos en el mundo. En el caso del trabajo del profesor Javier de Vicente Remesal, su estudio parte de una acción posterior a la acción delictiva. Esta, por ejemplo, en el caso de ayuda directa del autor del delito a la víctima pone de manifiesto la existencia del elemento anímico o interno por parte de él, de pesar por la acción delictiva realizada³.

A menudo me ha llamado la atención la relación, en un caso como este, entre la acción anterior y las posteriores. Pienso que hay una unidad que nos hace pensar en uno de los temas más complejos de la Filosofía. Todo ello dejando claro que el Derecho penal, igual que otras disciplinas puede tal como se hace en la obra de Javier de Vicente Remesal hacer esta perfecta separación entre las acciones humanas.

Mucho del pensamiento de nuestro homenajeado de hoy se ha dedicado en la obra señalada a diferenciar con prístina claridad lo producido antes y después de la consumación del delito. Por ejemplo, en el caso de la antijuricidad señala: «El juicio que determina si una conducta es ajustada a Derecho, es decir, antijurídica, se refiere al momento en que dicha conducta se encuentra en contradicción con el Derecho, y ese momento es el de la ejecución de una acción punible, esto es, cuando se infringe la prescripción de la realización de un hacer activo valioso o la prohibición de un comportamiento disvalioso. En el momento en que se incumplen esos mandatos o prohibiciones, la conducta es ya antijurídica, de tal forma que cualquier modalidad de conducta post delictiva no tiene ninguna trascendencia respecto a la determinación del juicio de antijuricidad»⁴. Desde la perspectiva filosófica pareciera difícil separar esa continuidad humana representada no por la acción como un hecho aislado en

² THOMPSON, M., *Life and Action. Elementary Structures of Practice and Practical Thought*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2012.

³ VICENTE REMESAL, J. DE, *El comportamiento postdelictivo*, 1985, p. 59.

⁴ VICENTE REMESAL, J. DE, *El comportamiento...*, p. 242.

la vida del hombre sino más bien como una secuencia que relaciona, en un proyecto de vida, unas acciones con otras.

Esa unidad es la que nos permite valorar, al final de los días, la vida humana como tal. Lo anterior hace posible realizar un juicio de vida en el cual los elementos éticos, sociales, naturales se juntan para darnos una idea de cómo podemos evaluar nuestras acciones como voluntarias e intencionales. En una parte de nuestra obra «Los llamados actos intencionales en la consideración del filósofo de hoy» nos atrevimos a señalar que la intención es la que da unidad a la acción o a grupos de ella, lo complejo es el registro de las mismas, donde la descripción del actor puede referirse a algunas de ellas significativas para los terceros y otras que tienen una significación muy particular para su autor. La pregunta ¿por qué? parece, en la concepción de Anscombe, estar presente en una serie que parece proyectarse en el tiempo, pero que... tiene un principio y un fin para poder relacionarla con una intención»⁵.

Javier de Vicente Remesal, cuando habla acerca del arrepentimiento, en el caso de constituir este una circunstancia atenuante genérica, da pie en su obra a una discusión acerca de la moralidad y la religiosidad que puede acompañar al juicio que realizamos de esta acción y a su influencia sobre las calificaciones penales respectivas. En tal sentido el autor que comentamos cita la opinión de Muñoz Conde de que: «el arrepentimiento es un estado anímico especial del sujeto que consiste en un sentido de pesar o remordimiento y que libera a aquel de su culpabilidad moral. El autor no puede desterrar del mundo la realidad natural del hecho ni sus consecuencias, ni incluso la reprochabilidad que origina su acción. Todo ello permanece en el mundo, pero –según Scheler– puede destruir y aniquilar totalmente la culpabilidad en el alma del hombre y, con ello, la raíz de una infinidad de actos malos». A lo anterior responde Javier de Vicente Remesal que: ... «desde un punto de vista jurídico, donde la culpabilidad moral es irrelevante... el arrepentimiento no puede significar motivación ética, moral, remordimiento, etc. ... El arrepentimiento así entendido pertenece a otro ámbito distinto del jurídico, de donde debe desaparecer. De lo contrario, el Derecho invadiría ámbitos que no le son asequibles cuando intenta penetrar de tal modo en la intimidad»⁶.

En realidad, siguiendo a Anscombe pudiéramos partir de un análisis de la acción libre de toda consideración distinta a la intención de un autor. Todo ello aceptando con Ford que estamos frente a un tema enormemente comple-

⁵ RODRÍGUEZ BERRIZBEITIA, J., Los llamados actos intencionales en la consideración del filósofo de hoy, Academia de Ciencias Jurídicas y Sociales y Tecniciencia Libros, Serie Estudios, N.º 112, Caracas 2017, p. 34.

⁶ VICENTE REMESAL, J. DE, El comportamiento..., pp. 113 y 114.

jo. En tal sentido señala el autor recientemente mencionado: La presente labor de los filósofos de la acción consiste en dar respuesta a la cuestión relativa a ¿qué es la acción? La práctica usual pareciera no referirse a lo que uno espera, no es después de todo un esfuerzo por tratar una instancia genuina de la acción como algo digno de ser tomado en cuenta. En lugar de ello los filósofos tratan de enfocarse en los distintos tipos de acción como su principal objeto de investigación. Podríamos extender la pregunta de Anton Ford a los juristas que cultivan la Ciencia penal. Lo cierto es que la acción pura y libre de toda consideración moral, social, religiosa, jurídica, etc., se nos presenta como un material bruto, como la piedra del escultor, que exige del aporte que pueden darle cualquiera de los enfoques señalados para un entendimiento de los temas que requieren respuesta de estas formas de cultura humana como diría Cassirer. En el caso del Derecho penal y particularmente en la obra que comentamos del Dr. Javier de Vicente Remesal el enfoque escogido se concentra en una acción típicamente antijurídica y culpable. Su escrúpulo a pesar de todo el material proporcionado por las distintas fuentes del Derecho nunca pierde de vista que la acción objeto de consideración del Derecho penal es una acción típica, antijurídica y culpable. Por ello en las conclusiones de su valiosa tesis doctoral señala: «Aunque la relevancia jurídico penal del Comportamiento Posterior Positivo (CPP) no puede fundamentarse, salvo a costa de un forzamiento de los términos, en una menor antijuricidad ni culpabilidad, ni puede encuadrarse sistemáticamente en el ‘delito’, en el ‘hecho’ (y, por tanto, tampoco en la punibilidad como elemento del delito mismo) es posible, sin embargo, explicando su fundamento en consideraciones de prevención general y especial, encontrar su situación sistemática fuera del delito, fuera del hecho. Efectivamente, los fines de la pena desempeñan su papel en todas y cada una de las categorías del delito, pero también fuera de él. Por eso, no todo lo que se explica desde los fines de la pena (como en el caso del CPP) ha de pertenecer necesaria o automáticamente al delito. En el CPP los fines de la pena no juegan sino en presupuestos distintos del delito; concretamente en presupuestos de la pena. Los casos de CPP encuentran, por tanto, su situación sistemática entre los otros presupuestos de la pena distintos del delito, del hecho»⁷.

Para Javier de Vicente Remesal están claras las limitaciones de la dogmática penal a pesar de que la misma no puede estar cerrada a un mundo cambiante donde no hay teorías definitivas acerca de nada. Al Derecho le interesan las decisiones que tomamos siempre y cuando sean significativas desde el pun-

⁷ VICENTE REMESAL, J. DE, *El comportamiento...*, pp. 385 y 386.

to de vista del catálogo elaborado por el legislador. Pero el ámbito de consideración del filósofo es más amplio y puede dar orientación en las consideraciones particulares de cada especialista, cuya reflexión se refiere a esferas de la realidad más reducidas de acuerdo con las características de su disciplina. Los seres humanos somos máquinas naturales capaces de producir acciones. La sociedad se encarga de calificarlas de acuerdo a los requerimientos de la convivencia social. El llevar a la esfera de la dogmática jurídica las teorías explicativas acerca del mundo y el actuar de los seres humanos, independientemente de si las llamamos causales, finales, personales, sociales, etc., o como pensemos que expresan mejor la naturaleza de las cosas sobre las cuales se soportan, parece un esfuerzo, a lo mejor meritorio, para proporcionar explicaciones que pretendan dar soluciones más prácticas, que al final dejan retos abiertos en nuestro entendimiento que deben ser subsanados con nuevas teorías que se fundamentan en las debilidades de las anteriores.

II. ¿PENSAMOS LO QUE HACEMOS?

Ciertamente que la acción delictiva supone, o al menos debe suponer, un proceso de reflexión acerca de la misma. Siempre me ha llamado la atención que filósofos como Reinach pensarán que debía sancionarse con mayor pena la acción no premeditada que la sujeta a premeditación⁸. Con frecuencia en el proceso judicial se le pregunta al delincuente si pensó lo que hizo y si quería hacerlo. Mucho del resultado de ello en el punto concreto de su análisis nos lo comenta el Dr. Javier de Vicente Remesal.

Hannah Arendt, siguiendo a Wittgenstein en su obra «The Life of The Mind. The Groundbreaking Investigation on How We Think»⁹ entiende que todo proceso lógico estricto, no sabemos si en el caso del delincuente es estricto pero sin duda es lógico, tal como deducir inferencias de lo general a lo particular o razonamiento inductivo de lo particular a una regla general –las reglas del Derecho son generales– necesita ser justificado, y eso lo hacemos a través de las palabras¹⁰. El tema de la justificación en la conducta post delictiva pudiera tener una importancia significativa siempre que podamos entenderla. El gran problema es que la conducta delictiva sujeta a ser enmarca-

⁸ Ver RODRÍGUEZ BERRIZBEITIA, J., Adolf REINACH o un esfuerzo por entender al Derecho de los Filósofos, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios 116, Caracas, 2019, pp. 161 ss.

⁹ ARENDT H., *The Life of The Mind. The Groundbreaking Investigation on How We Think*, A Harvest Book, Harcourt, Inc., San Diego, New York, London, 1978.

¹⁰ ARENDT H., *The Life of The Mind. The...*, p. 102.

da dentro de un tipo muchas veces deja cosas que no son vistas por el juzgador. Como dice Ezra Pound citado por Arendt: «No hay puente, sin embargo, para cruzar desde la menor verdad de lo que vemos a la mayor de lo que no vemos»¹¹. Como hemos visto en el Derecho penal, por ejemplo, cuando el Dr. Javier de Vicente Remesal nos habla de la substitución del concepto de arrepentimiento por el de voluntariedad, podemos decir utilizando la frase de Arendt sobre la Filosofía, que los problemas jurídicos surgen cuando el lenguaje se va de fiesta¹².

En otro orden de ideas, el trabajo de Javier nos proporciona una reflexión valiosísima sobre cómo la función de la pena, en el caso de él relacionada con la conducta posterior al delito, puede cambiar en la legislación y la jurisprudencia. Todo ello en gran parte debido a la necesidad de ajustarse a la naturaleza de las realidades que vivimos y a lo que se entiende como los mejores intereses de la sociedad y del delincuente (el orden lo fija la posición que asumamos frente al tema).

En el caso que estudia el profesor Javier de Vicente Remesal el tratamiento de algunos delitos, que son actos típicos como cualquier otro, está sujeto al interés del Estado y por ende a la seguridad del mismo en el sentido de requerir unas consideraciones «especiales». Nos referimos en particular a los delitos de naturaleza política, y al terrorismo. Por otras razones podríamos llamarlos de naturaleza económica-financiera se da un tratamiento especial a los delitos de evasión de impuesto y falsificación de moneda.

Javier de Vicente Remesal analiza la valoración del comportamiento posterior positivo y negativo orientado a los fines de la pena en el Derecho español¹³. Al final podemos preguntarnos, como lo hacemos todos los días, si el delincuente tiene o no conciencia de lo que hace. La teoría penal asume que la culpabilidad debe ser capaz de asumir el tema con la logicidad que el mismo requiere. De cualquier manera, pareciera que la «falta de conciencia» si ello fuera total, es un caso de laboratorio difícil de definir en una regulación de carácter general y en un juicio que no cuenta, tal como ha sido señalado en la obra del Dr. Javier de Vicente Remesal, con los elementos necesarios para poder llegar, siempre al fondo de lo que no es evidente para los recursos con los cuales se cuenta.

¹¹ ARENDT H., *The Life of The Mind. The...*, p. 106.

¹² VICENTE REMESAL, J. DE, *El comportamiento...*, p. 66. ARENDT H., *The Life of The Mind. The...*, p. 115.

¹³ VICENTE REMESAL, J. DE, *El comportamiento...*, pp. 349 ss.

III. ¿DEBE LA VOLUNTAD ESTAR PRESENTE EN EL HECHO DELICTIVO?

En su trabajo el profesor Javier de Vicente Remesal cita con Groizard que «los atenuantes y agravantes están en función de los móviles que puedan influir en la libertad, inteligencia o voluntad del agente; ... donde la voluntad en el amplio sentido de la palabra, no está completa, donde a la libertad, a la inteligencia, a la intención falta algo real, allí debía colocarse una circunstancia atenuante». En el mismo sentido señala Viada, también citado por Javier de Vicente Remesal, «que las circunstancias atenuantes se basan en la disminución de la libertad, inteligencia e intencionalidad del culpable y, por ello, moral y jurídicamente, disminuyen la responsabilidad»¹⁴.

Uno de los temas que vamos a ver de forma recurrente en la obra del profesor de Vicente Remesal es el relativo al libre albedrío. Cita a Gimbernat cuando señala: «Aunque en abstracto existiera el libre albedrío, lo que en cualquier caso es imposible es demostrar si una persona concreta en una situación concreta ha cometido libremente o no, un determinado delito: si un psicoanalista, contando con el esfuerzo del paciente por colaborar y por superar sus inhibiciones, y después de largos años de tratamiento psicoterapéutico, sólo aproximado e inseguramente puede llegar a constatar sobre la base de hipotéticas explicaciones que nunca encuentran confirmación absoluta, qué peso tiene y cuáles son los factores que determinan el comportamiento del analizado, ¿cómo va a poderlo conseguir el no especialista (el juez) en el tiempo muchísimo más limitado del que dispone? La conducta depende de tal multitud de elementos que cae fuera de las posibilidades humanas abarcarlos y averiguar cómo han actuado en el caso concreto».

A lo anterior añade el profesor de Vicente Remesal: «al margen del contexto en el que aparecen estas ideas, interesa resaltar aquí solamente que, desde un punto de vista comparativo, si el juez no es capaz de descubrir en el juicio los factores que determinan el comportamiento del culpable y que acaban en la comisión del delito, con mayor motivo tampoco lo es para tratar de aclarar esos mismos factores a través de algo como es el comportamiento postdelictivo que a veces puede estar situado ya demasiado lejos del momento de la consumación del delito»¹⁵.

La clave de un tema tan conspicuo radica no en la negación de condicionantes que determinan nuestro actuar sino más bien en la posibilidad que te-

¹⁴ VICENTE REMESAL, J. DE, *El comportamiento...*, p. 135.

¹⁵ VICENTE REMESAL, J. DE, *El comportamiento...*, pp. 286 y 287.

nemos de optar por una acción o conjunto de ellas o por otras. Todo ello sujeto a la existencia de un grado de libertad que lo permita. Ciertamente como señala Gilbert Ryle todos tenemos momentos fatalistas. Si vemos al delito como un mal, independientemente de la gradación que el Derecho penal le dé, podemos hasta cierto grado, coincidir con Hegel de que el mal a diferencia de la libertad es una de esas cosas frente a las cuales los más estudiosos e ingeniosos hombres no conocen casi nada.

San Agustín señalaba que como el problema no está en la doble naturaleza del hombre mitad carnal y mitad espiritual, debemos buscarlo en la facultad de la voluntad en sí misma¹⁶. No podemos explayarnos en el análisis del tema por parte de John Stuart Mill quien insistía en que los problemas de la voluntad son entre mí y yo mismo. El mismo desarrolló una importante teoría acerca del arrepentimiento que podría ser tomada en cuenta para nuestra reflexión penal¹⁷. Así como existe una trilogía de la teoría penal constituida por la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, la mente funciona con otra trilogía que es ser, voluntad y razón. La voluntad es el puente entre lo interno de la mente con lo externo del mundo. A pesar de las dificultades para situarnos en la mente de cada persona, en este caso del que decide actuar en contra del Derecho que se ha dado la sociedad, no podemos negar que nuestra voluntad, como dice bien Arendt, es productora de actos.

Volviendo al libro del profesor de Vicente Remesal, podemos mencionar que el tema de la voluntad campea en su obra. Es imposible prescindir de él por la relación con el acto intencional. A manera de ejemplo quisiera sólo citar lo que menciona sobre la conducta posterior positiva durante la vigencia de los Códigos españoles de 1848 a 1928 (con la excepción del Código Penal para el Protectorado de Marruecos) y la posición de la doctrina y la jurisprudencia durante esa época. En esta época no se consideró a la Conducta expresada como una circunstancia atenuante genérica. Dice así el profesor de Vicente Remesal: «El punto de partida de todas estas opiniones es un Derecho penal retributivo. La pena es retribución por el hecho cometido. Este no es sólo causa o motivo de enjuiciamiento, sino base esencial y exclusiva de la punición; de ahí que la investigación de la personalidad sólo sea relevante en la determinación concreta de la pena, en la medida que afecte a la inteligencia, voluntad e intención criminal actualizadas en el hecho»¹⁸.

¹⁶ ARENDT H., *The Life of The Mind. The...*, p. 93.

¹⁷ ARENDT H., *The Life of The Mind. The...*, pp. 96 y 97.

¹⁸ VICENTE REMESAL, J. DE, *El comportamiento...*, p. 160.

IV. LA MORAL Y EL DERECHO

No cabe hoy la menor duda de que estamos frente a dos órdenes de regulación de la vida social diferentes. Pero lo importante no es sólo estar de acuerdo con respecto a esto sino tener claro que existe una relación difícil de poder ser obviada.

Javier no puede escapar en su acucioso estudio a temas con fuerte raíz moral como el arrepentimiento, el cual es analizado con detalle a la hora de citar valiosa doctrina al respecto. Su conclusión, con profundo respeto por las interpretaciones morales y religiosas, es la siguiente: «A la moral o a la religión quizás le sean fundamentales estos sentimientos de dolor, pesar o constricción para la liberación de la culpabilidad moral, pero no al Derecho, pues no es misión del Derecho Penal lograr la perfección moral de los delinquentes, ni a través de los actos realizados por estos después de la comisión del delito, ni siquiera después de haber cumplido la condena. El Derecho Penal propio de un Estado social y democrático de Derecho como observa Mir –«no debe condicionar el castigo a consideraciones morales internas del sujeto»»¹⁹.

El brillante análisis que hace el Dr. Javier de Vicente Remesal sobre la teoría de Lang-Hinrichsen nos ilustra acerca de los riesgos de las construcciones indiciarias. Las mismas, tomando factores como la personalidad y peligrosidad que requieren de verificaciones psicológicas, pueden llevarnos a conclusiones ficticias, inseguras y de dirección moralista.

V. REFLEXIÓN FINAL

El libro de Javier de Vicente Remesal nos dio la oportunidad de hacer algunas reflexiones sobre el Derecho de hoy. El autor mencionado señala: «El análisis de cualquier elemento normativo –y el Comportamiento posterior positivo lo es tanto considerando su aspecto subjetivo como arrepentimiento o como voluntariedad– requiere en principio para su adecuado encuadramiento sistemático, el reconocimiento de conceptos superiores que, en Derecho penal, son los de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, atributos ellos del previo e imprescindible concepto de acción al cual complementan y diferencian específicamente. Sin embargo, este consenso fundamental constituye tan solo una plataforma sobre la que pueda asentarse el diálogo científico, pero de ningún modo –dice Botke– es una «varita mágica» que resuelva todos los problemas

¹⁹ VICENTE REMESAL, J. DE, *El comportamiento...*, p. 114.

sobre los fundamentos metateóricos, contenido y funciones de las mencionadas tres categorías y, en consecuencia, las dificultades de encuadramiento dentro de ellas de las circunstancias del delito y, concretamente del Comportamiento posterior positivo»²⁰.

Claus Roxin es optimista cuando señala «...me parece que los esfuerzos de la Filosofía del lenguaje y de la teoría analítica no llevan más allá de donde ha llegado el desarrollo de la teoría de la acción por la propia teoría del Derecho penal en las últimas décadas; y, por otra parte, es interesante ver como la Filosofía y la teoría de la ciencia pueden apoyar perfectamente soluciones de la reciente teoría jurídico-penal de la acción»²¹.

En una obra reciente nuestra tuvimos la oportunidad de señalar que: «Los juristas tenemos que constituir una visión del mundo, si no común, al menos con ciertas semejanzas. Es la única forma de: llegar a ratificar que el Derecho es un hecho expresable en lenguaje, y que él debe ser común entre los juristas; construir una base conceptual que refleje esa percepción común de los fenómenos sociales; tener un reservorio compartido de valores, no idéntico, que podamos priorizar en un momento determinado; contar con una metodología entendible por toda la comunidad jurídica y priorizar los problemas. Todo ello envuelve consideraciones de naturaleza semántica, axiológica, lógica, metodológica, epistemológica y de racionalidad procesual. Ya el Derecho no puede ser un islote separado del resto de las ciencias (sociales y naturales). Al final el objeto último de todas ellas, es la humanidad como tal»²².

Para finalizar quiero agradecer, nuevamente, la oportunidad que me brindan los promotores de este justo reconocimiento a mi amigo de tantos años Javier de Vicente Remesal. Creo que Unamuno estaba en lo cierto cuando decía que «cada nuevo amigo que ganamos en la carrera de la vida nos perfecciona y enriquece, más aún que por lo que él mismo nos da, por lo que de nosotros mismos nos descubre».

²⁰ VICENTE REMESAL, J. DE, El comportamiento..., pp. 337 y 338.

²¹ ROXIN, C., Derecho penal, Parte general, Tomo 1, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, traducción de la 2da. edición alemana y notas de Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Miguel DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO y JAVIER DE VICENTE REMESAL, Thomson/Civitas, Madrid, 2008, p. 254.

²² RODRÍGUEZ BERRIZBEITIA, J., El mapa del Derecho en la obra de Thomas KUHN, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios, No. 135, Caracas, 2022, pp. 237 y 238.

CAPÍTULO XI

CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA CLEMENCIA

LUIS RODRÍGUEZ RAMOS
Catedrático de Derecho Penal y Abogado. Madrid¹

I. PLANTEAMIENTO

La amnistía y el indulto, como instrumentos del llamado derecho o prerrogativa de gracia², son una reliquia procedente del *Anciene Régime*. En la monarquía parlamentaria se mantiene el derecho de gracia en el ámbito de las facultades del rey, pero en realidad las amnistías son competencia del poder legislativo y los indultos del ejecutivo, limitándose el monarca a firmar las correspondientes concesiones de gracia, al igual que firma simbólicamente las leyes como segunda firma, en defensa de la inviolabilidad real (art. 56.3 CE)³.

¹ Fue catedrático en la Universidad Complutense y en la UNED, y es abogado del Colegio de Madrid.

² Con los sustantivos «derecho» y «prerrogativa» de gracia se refiere la CE –arts. 62-i y 102.3– al indulto particular y tácitamente, como se verá, también a la amnistía, pero algunos autores (p.e. BOURGET, Renaud, La clemencia en la ciencia jurídica: ensayo de dogmática jurídico-comparada. Sobre la amnistía y el indulto, Temis, 2018, pp. 1 a 7) optan por el término «clemencia», pues el vocablo «gracia» –*grâce*, *grazia*, *gratiere*, *graça*– en Francia y Bélgica, Italia, Rumanía y Portugal y Brasil, respectivamente, es el nombre que se asigna a nuestro indulto. En Alemania, *Begnadigungrecht* (de *begnadigen*, perdonar) sería el género (aun cuando también se utilizan en la doctrina los términos *Gnade*, *Gnadenerweisen*, *Gnadenrecht*, equivalentes a clemencia, medida de clemencia y derecho de clemencia), y las especies *Begnadigung* y *Amnistie*; en el derecho anglosajón llaman a cada modalidad *pardon* y *general pardon* respectivamente. En este artículo se mantiene la nomenclatura tradicional hispana: derecho o prerrogativa de gracia o de clemencia, indulto y amnistía.

³ Sobre la evolución histórica de la prerrogativa de gracia en las constituciones españolas, puede verse GARCÍA MAHAMUT, Rosario, El indulto. Un análisis jurídico-constitucional, Marcial Pons, 2004, pp. 36-53.

La amnistía y especialmente el indulto son sin duda un cuerpo extraño, extravagante o aporético⁴ en una Constitución que consagra la división de poderes. El caso de la amnistía, al ser ejercida por los representantes del pueblo que asumen el poder legislativo, puede considerarse que cumple un papel constitucional compatible con el Estado de Derecho, cuando *pro bono pacis* en cambios históricos deciden derogar con efecto retroactivo una ley «borrando» el o los delitos cometidos por un colectivo «privilegiado», pero manteniendo su vigencia pasada y futura para el resto de los ciudadanos. El indulto, en cambio, basado en razones de justicia o equidad (no tiene sentido, como luego se argumenta, fundarlo en la «utilidad social») y que sólo perdona la pena sin bañar en el río Leteo el delito cometido por una persona individual, no tiene una función *constitucional* como institución, más allá de la justificación transicional de remediar injusticias o inequidades en sentencias firmes que no tengan solución en el vigente e incompleto sistema jurídico penal o penitenciario⁵.

Este trabajo, en homenaje al profesor de Vicente Remesal, tiene la pretensión de reformular el derecho de gracia para integrarlo en el marco constitucional, partiendo de trabajos anteriores sobre el mismo tema⁶, centrando especialmente la atención en el indulto por ser la institución más problemática y de frecuente utilización, pero incorporando también la amnistía a una futura ley orgánica⁷ reguladora del derecho de gracia. Una futura regulación transicional del indulto (al ser una institución *ad extinctionem*) que, al margen de otros contenidos, elimine los inconstitucionales amplios márgenes de arbitrariedad que en la actualidad tiene el Gobierno para conceder o denegar las solicitudes de indulto, eliminación exigida por el artículo 9.2 de la Constitución que prohíbe la arbitrariedad a todos los poderes públicos, y el único modo lograrlo es configurar el indulto como derecho de todo condenado a su obtención, cuando concurren razones de justicia o equidad que el sistema jurisdiccional o penitenciario no cuenten con instrumentos para atenderlas. Esta reconversión del

⁴ RODRÍGUEZ RAMOS, Luis/SIMÓN CASTELLANO, PERE, La aporética constitucionalidad del indulto, TPC, 49/50, 2022, pp. ss, emplean el término «aporético» en el sentido de asistemático o extravagante en el sistema. También han sido calificados o descalificados el indulto y la amnistía como «vestigios de regímenes políticos desaparecidos», «anomalías jurídicas» o, incluso, «nociones desprovistas de lógica jurídica» (BOURGET, Renaud, p. 6).

⁵ CARRACEDO CARRASCO, Eva, Pena e indulto: una aproximación holística, Aranzadi, 2018, pp. 242-344.

⁶ Además de la que figura en la nota anterior, del autor de este trabajo: ABC de 18 de noviembre de 2022, 3.ª página, y El indulto como derecho. Hacia una nueva ley transicional e inhibidora de la arbitrariedad. En Estudios jurídico-penales, criminológicos y político criminales. Libro homenaje al Profesor José Luis Díez Ripollés, Tirant lo Blanch, 2023.

⁷ Por todos, FLIQUETE LLISO, Enrique, Derecho de gracia y constitución. El indulto en el estado de derecho, Aranzadi, 2021, pp. 184-188.

indulto de gracia en derecho ampliaría inevitablemente el parámetro de control jurisdiccional, que además de entrar a examinar el fondo de los indultos concedidos verificando la procedencia de su concesión, más allá de los aspectos formales a los que en la actualidad se limita, alcanzaría también a las denegaciones de concesión de los indultos solicitados, estimando el recurso si concurrían las razones que justificasen su concesión, defendiendo también así el derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE). El indulto como derecho, además, cerraría el círculo retornando al poder judicial lo que había salido de él, para precisamente suplir sus deficiencias en las fases de enjuiciamiento y de ejecución de la pena.

Y, en fin, esta ley reguladora del indulto debería incluir también la fijación de los principios que tendrían que cumplir futuras leyes de amnistía, acordes con a los parámetros constitucionales y con las exigencias internacionales de respeto a los derechos humanos, marcando fronteras a posibles concesiones de indulto que invadan su ámbito propio de modo fraudulento.

II. NECESIDAD DE TRATAMIENTO CONJUNTO

Aunque no sea unánime la posibilidad de un tratamiento conjunto de ambas instituciones, la pertenencia de las dos al mismo género –la prerrogativa de clemencia-⁸ que les otorga rasgos comunes, y la necesidad el sometimiento de una y otro al sistema constitucional para para «constitucionalizar su inconstitucionalidad histórica», son circunstancias que justifican la vinculación de su estudio y, además, aconsejan aunar en un único instrumento legal su reformulación que, como ser verá, requeriría el rango de ley orgánica al afectar, al menos, a los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la igualdad, en el marco de un Estado de Derecho (art. 1 CE).

La notas genéricas y comunes son: la excepcionalidad, su vinculación con el poder político, los efectos extintivos de la responsabilidad penal y la necesidad de un control jurisdiccional: la amnistía, por la jurisdicción constitucional, y el indulto, por la ordinaria. Y sus características diferenciales: el órgano otorgante, sus distintos efectos procesales (especialmente la eficacia

⁸ GARCÍA MAHAMUT, Rosario, citando a otros autores (pp. 71-91), aun cuando considere constitucional la amnistía no la incluye en el ámbito del derecho o prerrogativa de gracia. Sin embargo, en atención a las notas comunes que tiene respecto al indulto, parece razonable considerar ambas instituciones pertenecientes al mismo género aun con notable diferencias específicas, y este género es el perdón, la gracia o la clemencia ejercidos usurpando funciones propias del poder judicial. Un extenso tratamiento de las notas comunes y diferenciales de la amnistía y el indulto, justificando su vinculación en el ámbito de la «clemencia estatal», puede verse en BOURGET, Renaud, pp. 7-80.

anticipada de la amnistía) y sustantivos, el carácter individual del indulto frente al colectivo de la amnistía y su diferente fundamento: utilidad social o política la amnistía, y justicia o equidad el indulto; también cabe incluir como diferencia específica la mención constitucional prohibiendo los indultos generales (art. 62-i CE) y, con los matices luego mencionados, su inaplicabilidad a las responsabilidades penales de los miembros del Gobierno (art. 102.3 CE).

III. EL INDULTO

1. Inconstitucionalidad de su vigente regulación

La primera ley efectiva reguladora del indulto en España es la aún vigente de 1870, necesitada de una profunda reforma tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978, al haber sido claramente insuficientes las hasta ahora efectuadas al haber devenido en inconstitucionales extremos esenciales de dicha ley, tales como la fundamentación del indulto en la «utilidad social» (propia de la amnistía, como se verá), la arbitrariedad que no discrecionalidad en la concesión y denegación de los indultos, la falta de control judicial de su no concesión o el limitado control del mismo carácter respecto a las concesiones circunscrito a cuestiones formales o de procedimiento⁹.

Desde la Constitución de 1812 la preocupación de los constituyentes liberales ha sido someter a la ley la facultad real de indultar¹⁰. La Constitución vigente, al declarar la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9), de modo tácito está extendiendo tal prohibición al acto de indultar y, por ende, de no indultar que, como se ha dicho, tendría que estar garantizado por un control judicial real y efectivo, que entre a enjuiciar la procedencia o improcedencia material del perdón, así como su denegación.

Esta reforma debería recoger la doctrina mayoritaria que considera el indulto una institución en vías de extinción, al tener como única justificación constitucional remediar las injusticias o inequidades de las sentencias firmes que no encuentran remedio en el sistema judicial y penitenciario, consideran-

⁹ En otros países, p.e. en Francia, el Presidente de la República ejerce discrecionalmente esta prerrogativa, destacando expresamente BOURGET, Renaud, La clemencia, el contraste con la regulación española (pp. 12 a 17), si bien se equivoca al considerar que la coletilla «con arreglo a la ley» es una novedad de la CE de 1978, cuando ha sido una constante en todas las constituciones desde la de 1812, como se concreta en la siguiente nota.

¹⁰ Efectivamente, desde la Constitución de 1812 (art. 171-13.^a) todas las restantes han añadido a esta facultad real la coletilla «con arreglo a las leyes» (la de 1837 –art. 47-3.º–, 1869 –art. 73-6.º–, 1876 –art. 54-3.º–, 1931 –art. 102, con peculiaridades luego comentadas– y 1978 –art. 62-i-).

do que las razones políticas o de utilidad social, que pudieran justificar la intromisión en el ámbito competencial del poder judicial, sólo pueden ser competencia del legislativo a través de las leyes de amnistía.

Esta opción de la transitoriedad de la próxima ley del indulto y del indulto en sí, descarta la opción más radical de su derogación sin espera alguna, tanto en términos absolutos como relativos¹¹, pero por exigencias constitucionales también se aparta de la tesis que asocia la clemencia y el derecho de gracia en general con la arbitrariedad, por considerarlo un carácter esencial de tal prerrogativa, postura explicable en una proyección del indulto y de la amnistía de la monarquía absoluta en el Estado democrático y liberal sin filtrar ambas instituciones por el cedazo del Derecho como nota definitoria de todo Estado democrático en la actualidad y, sobre todo, en la vigencia supraestatal y supraconstitucional de los derechos humanos, incompatibles con la arbitrariedad como exasperación de los normales márgenes de discrecionalidad de los órganos administrativos y de arbitrio de los jueces, concedidos en ambos casos por la ley pero siempre con claros márgenes insoslayables.

2. Naturaleza compleja

Como ya se hizo constar en otro trabajo¹², el carácter aporético y residual de la institución del indulto complica la determinación de su naturaleza jurídica que, *a limine*, viene a ser un conflicto de jurisdicción –de poderes– entre el ejecutivo y el judicial. Nótese que aun cuando tanto la sentencia condenatoria como el indulto se dictan en nombre del jefe del Estado, es obvio que se trata de una injerencia del Gobierno en el ámbito de la Administración de Justicia, conflicto de jurisdicción constitucionalmente ya resuelto, si bien sin poder obviar su incongruencia con la división de poderes que el propio texto constitucional consagra, pues el monopolio jurisdiccional para «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» resulta quebrantado al revocar el Gobierno, total o parcialmente, una sentencia condenatoria dictada por la Administración de justicia, salvo en los supuestos de instancia judicial (art. 4.3 y 4 CP), indultos estos que, por cierto, eran los únicos legítimos para Jimenez de Asua, opinión que explica la peculiar regulación de la institución en la Constitución de 1931 al haber presidido él la comisión elaboradora de dicho texto¹³. Se trata pues de una incongruencia sistemática de la propia Constitución

¹¹ CARRACEDO CARRASCO, Eva, pp. 168-249.

¹² Ver nota 2. Sobre este tema puede verse también BOURGET, Renaud, pp. 65-76.

¹³ Diario de sesiones de las Cortes constituyentes de la República Española, 18 de noviembre de 1931, n.º 76, p. 2438.– REQUEJO PAGÉS, Juan Luis: Amnistía e indulto en el constitucionalismo histó-

que contiene un precepto inconstitucional «constitucionalizado» en el mismo texto, a modo de excepción a la regla general (arts. 117.3 y 62.i CE)¹⁴.

Pero con esta original naturaleza coexisten otras dos: la administrativa y la penal sustantiva. Se trata en primer lugar de una resolución o acto administrativo de contenido jurisdiccional que, aunque sólo formalmente lo sea por razón de la materia, está sometido por tanto a la Constitución, a la legalidad y al Derecho (arts. 103.1 CE y 3.1 L 40/2015 de 1 de octubre de Régimen jurídico del sector público), pero una resolución administrativa con una serie de características que la convierten en peculiar, primero porque en el expediente deben figurar informes no vinculantes del tribunal sentenciador, del establecimiento penitenciario, del Ministerio fiscal, de la parte ofendida si la hubiere y, hasta su supresión por la L 1/1988 de 14 de enero, el artículo 28 LI exigía también el informe del Consejo de Estado, supresión criticable pues tenía su sentido dicho informe dado el carácter constitucionalmente excepcional del derecho de gracia; y en segundo lugar, porque en definitiva, como afirma Linde Paniagua¹⁵, es un «acto de administración de justicia», pues la materia no es administrativa sino claramente judicial, naturaleza que, en los supuestos de concesión, puede revertirse la forma del mismo carácter recurriendo a la Sala 3.^a del Tribunal supremo, aun cuando *de lege data* sólo se controle su procedencia en sus aspectos formales o procedimentales. La vieja distinción entre acto administrativo y acto político, eximiendo al segundo de la prohibición de arbitrariedad, ha periclitado al existir un control jurisdiccional sobre los actos de gobierno cualquiera que sea «la naturaleza de dichos actos» (Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa)¹⁶.

rico español, Historia Constitucional (revista electrónica), n. 2, 2001, pp. 96-110, <https://doi.org/10.17811/hc.v0i2.121>. En efecto, en la Constitución de 1931 en su artículo 102 estableció una fórmula tan peculiar como incongruente, pues además de la acertada prohibición de los indultos generales (precedente de la misma exclusión de la CE vigente), continuaba punto y seguido diciendo que «el Tribunal Supremo otorgará los individuales a propuesta del juzgador, del fiscal, de la Junta de prisiones o a petición de parte», si bien «en los delitos de extrema gravedad, podrá indultar el Presidente de la República, previo informe del Tribunal Supremo y a propuesta del Gobierno responsable».

¹⁴ Sobre la inclusión en la CE del indulto, puede verse LINDE PANIAGUA, Enrique, Amnistía e indulto en la Constitución española de 1978, en Revista de Derecho político, 2, 1979, pp. 61-67.

¹⁵ El indulto como acto administrativo de justicia y su judicialización, en TRC, UNED, N.º 5, 2000, pp. 161-163.

¹⁶ CARRACEDO CARRASCO, Eva, p. 462, que en las siguientes trata lo relativo a la necesaria motivación de los indultos. FLIQUETE LLISO, Enrique, (pp. 265-277) analiza la naturaleza jurídica del indulto, primero como acto político o acto administrativo discrecional, optando por el *tertium genus* del «acto graciable» como lo ha reconocido el TS, de contenido libérrimo por parte del gobierno, pero controlable por la Sala 3.^a del TS (pp. 250-262), que tiene uno requisitos de tramitación y requiere motivación. CARRACEDO CARRASCO, Eva (pp. 446 a 476), que también aborda la temática del control jurisdiccional de la denegación de los indultos, con referencias a SSTC alemán, que diferencia entre los recursos relativos a denegación de indulto (que no requieren especial motivación), y los de concesión que sí la requieren.

Como se ha dicho, es una competencia residual transicional del poder ejecutivo, carácter residual y de fondo inconstitucional que le asignan una alta dosis de excepcionalidad, característica que exige al Consejo de ministros una interpretación restrictiva de ley a la hora de conceder los indultos, especialmente en tanto no se dicte una nueva ley que, de modo expreso, marque esos límites, margen de arbitrio que tiene la frontera del veto de la arbitrariedad (arts. 9.3 y 97 CE) y la exigencia de suficiente motivación progresivamente confirmada por la jurisprudencia. Y, en fin, resoluciones caso por caso sometidas al control jurisdiccional, como se ha visto, al que se suma el control semestral parlamentario sobre la actividad del Ministerio de Justicia en este ámbito (Disposición adicional de la LI, introducida por la LO 1/2015), control parlamentario¹⁷ que en la futura regulación legal del indulto debería figurar la obligación del Gobierno de comprometerse a reformar la ley penal, procesal penal o penitenciaria, para «normalizar» la resolución de esas injusticias o inequidades que hasta el momento sólo se han podido solucionar por la vía excepcional del indulto.

Finalmente, en el ámbito jurídico penal sustantivo su naturaleza es la de ser una de las causas de extinción, total o parcial, de la responsabilidad penal por decisión del Gobierno y, además, no aplicando normas del Código penal sino la pura discrecionalidad material y, en los supuestos de indultos totales, los criterios abstractos de equidad, justicia o utilidad social¹⁸, criterio este último condenado a desaparecer como se justifica en el siguiente epígrafe, mientras que los dos primeros deberán extenderse también a los supuestos de indulto parcial.

3. Reformulación constitucional del indulto: de graciable a exigible

a) TRANSICIONALIDAD DE LA NUEVA LEY Y ELIMINACIÓN DE LA «UTILIDAD SOCIAL»

El indulto está regulado por la arcaica Ley de 1870, con escasas y muy limitadas reformas¹⁹, que con razón ha sido criticada²⁰ y debe ser sustituida en los términos de transicionalidad *–dies certus incertus cuando–* mencionados *ut supra*, pero eliminando sus actuales márgenes de arbitrariedad, exigiendo

¹⁷ Sobre este tema ver LINDE PANIAGUA, Enrique, El indulto como acto administrativo..., pp. 170-171.

¹⁸ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, pp. 6 y 7. FLIQUETE LLISO, Enrique (pp.82-85, 290-301) enumera las conclusiones en la configuración del derecho –prerrogativa– de gracia a partir de la Constitución y los contenidos de la futura ley reguladora, supliendo las escasas referencias constitucionales a la institución y adaptándola a sus exigencias.

¹⁹ RODRÍGUEZ RAMOS, Luis / SIMÓN CASTELLANO, PERE, La aporética constitucionalidad... pp. 434-435.

²⁰ Ver los trabajos citados en la nota 18.

que tanto su concesión como su denegación estén sometidas a control judicial de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, que lo considerará procedente sólo cuando la resolución esté suficientemente motivada, se haya seguido el procedimiento legal y tercién razones de justicia o equidad que no encuentren cauce de revisión en el actual sistema procesal y sustantivo.

Efectivamente, sólo puede tener sentido esta reliquia de la monarquía absoluta, en un Estado de Derecho con clara y rotunda división de poderes, cuando la insuficiencia de las leyes penitenciarias o penales procesales y sustantivas, o su necesaria abrogación aún pendiente, no ofrezcan a un condenado mecanismos que remedien la injusticia o la inequidad total o parcial de la sentencia firme, que merezca una revocación total o parcial de la pena desde la perspectiva de ser acreedor de una vigencia real y efectiva de sus derechos fundamentales.

b) EXIGENCIA DE MOTIVACIÓN Y CONTROL JUDICIAL DE CONCESIONES Y DENEGACIONES

La vigencia real y efectiva de la igualdad ante la ley y de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (arts. 9.3 y 14 CE), así como la idea de Justicia que conforma el Estado de Derecho, imponen también nuevos contenidos en la necesaria ley orgánica reguladora de esta prerrogativa de gracia, que mute su carácter graciable –no exigible– en un derecho del justiciable a la justicia y equidad de las resoluciones judiciales, cuando las sentencias firmes no hayan cumplido plenamente tales requisitos y, además, no existan otros instrumentos en el sistema judicial que permitan el restablecimiento de la justicia o equidad lesionados. En primer lugar tienen que pasar a ser recurribles las denegaciones del indulto cuya solicitud cumpla los requisitos de injusticia o inequidad y, en segundo término, superar la actual limitación del control jurisdiccional de su concesión a aspectos formales y procesales, examinando también el fondo de la resolución²¹.

²¹ La conversión en un derecho del ciudadano optar y conseguir el indulto cuando se cumplan los requisitos para su concesión no es una idea nueva, pues en términos menos concretos y menos holísticos ya la propuso LINDE PANIAGUA, Enrique, (Amnistía e indulto en España, pp. 52 y 53), citando como origen la propuesta a WALINE en su comentario a la Decisión del Conseil d'Etat de 28 de marzo de 1947 en *Revue de Droit Public et de la Science politique*, 1947, pp. 96 ss. La propuesta del presente trabajo es que no sólo se extienda el control judicial a los requisitos formales de tramitación y motivación, sino también a la procedencia o improcedencia de la concesión o denegación atendiendo a los requisitos materiales de justicia o equidad, elementos que convertirían ese derecho en real y efectivo. Ver del autor de este trabajo: *El indulto como derecho...*, LH-Díez Ripollés, 2023, pp. 1121-1123.

Esta mutación de la naturaleza del indulto, controlando al poder ejecutivo su prerrogativa de clemencia, es obvio que va en contra de esta institución heredada de la monarquía absoluta, al regresar su fase final al seno del poder judicial que en su día emitió su veredicto definitivo dictando una sentencia condenatoria, «perversión» de naturaleza necesaria en aras de la plena vigencia de los derechos fundamentales del ciudadano frente a este enclave anacrónico del *Anciene Régime*²² y hoy de los estados totalitarios y dictatoriales, incompatible con la plena división de poderes y con la vigencia también plena de los derechos fundamentales del ciudadano en un Estado de Derecho. Ciertamente que resulta terminológicamente contradictoria «una gracia exigible», por lo que sería más compatible superar esta tradición española pasando a denominarla «clemencia», pero el peso de la tradición y la presencia del término en la Constitución aconsejan que la futura ley orgánica siga aludiendo al ejercicio de la prerrogativa de gracia, aun cuando se trate de una gracia limitada a determinados supuestos y exigible por razones de igualdad y de no arbitrariedad, es decir, una «gracia obligada».

c) ALGUNOS SUPUESTOS EN LOS QUE PROCEDERÍA EL INDULTO

En régimen de *numerus apertus*, a modo de ejemplo, cabría incluir como motivos de equidad y justicia por los que procedería el indulto total o parcial lo que se especifican a continuación. En primer lugar, los supuestos de aplicación retroactiva *in bonam partem* de los cambios de criterio jurisprudencial que, hoy por hoy, no están incluidos en el artículo 2.2 CP y, sin embargo, razones de igualdad y de justicia exigen que se le aplique en igual medida que a los condenados con anterioridad, teniendo en cuenta que la jurisprudencia del Tribunal Supremo es un «complemento» de la ley (art. 1.6 CC) y, como tal, se convierte en ley más allá del caso concreto sobre el que se pronuncie, pues la que reitera el Tribunal Supremo pasa a formar parte del ordenamiento jurídico.

Otros motivos vendrían vinculados con el cumplimiento de los fines de la pena, particularmente del prevalente de la reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE), cuando la sentencia condenatoria no haya podido consumir toda la virtualidad de tales fines en un caso concreto, o cuando el advenimiento de

²² Se superaría así el papel de los jueces como puros colaboradores del poder ejecutivo en la tramitación de un indulto, emitiendo un informe o como promotores de la solicitud (art. 4 CP), aboliendo la tradicional aseveración de que «en ningún caso tendrán los jueces encomendada la facultad de administrar clemencia...» (LINDE PANIAGUA, Enrique, *La clemencia...* p. 1424), pues pasarían a tener la última palabra en el proceso de su concesión o denegación.

su cumplimiento haya sobrevenido tras a la firmeza de la sentencia, cuál sería el caso de algunos supuestos de dilaciones indebidas más que extraordinarias o de la rehabilitación del condenado, bien en supuestos de adicciones generadoras del delito, bien cuando el aprovechamiento de las oportunidades de reeducación de la pena privativa de libertad aconsejen el acortamiento de la misma más allá del tercer grado, supuesto éste que correspondería impulsar al centro penitenciario ejerciendo la facultad que otorga a la junta de tratamiento el artículo 206 del Reglamento.

Particularidades de la tramitación del procedimiento que hayan influido, total o parcialmente, en el dictado de una sentencia condenatoria, como el caso de pruebas ya existentes, no sobrevenidas tras la firmeza de la sentencia, pero no aportadas al procedimiento por error o ignorancia de la defensa, o rechazadas por el juzgador cuando eran procedentes y no haberse remediado el error en posteriores recursos. También cuando no se presentó el recurso en tiempo o forma y fuera patente la estimación del mismo con revocación de la condena o la disminución de la pena impuestas, así como por ignorancia o negligencia del letrado en casos análogos, etc. etc. Y claro está, cuando exista una evidente necesidad de discriminalizar la conducta típica generadora de la responsabilidad penal o una también evidente desproporción de la pena impuesta conforme a la ley,

En definitiva, cuando errores, omisiones, negligencias u otras causas merezcan reducción de las penas impuestas o incluso la absolución, y el recurso de revisión no prevea como causa el supuesto generador de la injusticia o inequidad, el indulto particular tendrá su cabida supliendo una carencia del sistema judicial o penitenciario, sin perjuicio de que termine siendo la jurisdicción quien confirme la procedencia o improcedencia del indulto.

IV. LA AMNISTÍA

1. Naturaleza jurídica y constitucionalidad

Como recuerda Linde Paniagua partiendo y resumiendo las definiciones de Silvela y Dorado Montero²³, la amnistía es un acto legislativo de carácter excepcional, que deroga retroactivamente una ley penal, con una amplitud que

²³ Amnistía e indulto en España, Tucur ediciones, 1976, pp. 94-96. También ha vuelto a tratar el tema en La clemencia (amnistía e indulto) a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y constitucional y el código penal de 1995, Boletín del Ministerio de Justicia n.º 1823, 1998, pp. 1415-1421.

oscila desde la abrogación de una ley penal y de sus efectos acaecidos hasta entonces²⁴, hasta su limitación a determinados hechos y personas, manteniendo la vigencia y efectos para los restantes, borrando jurídicamente –olvidando– tanto la causa –el delito– como la consecuencia –la pena–, para resolver conflictos socio-políticos del pasado en aras de una nueva etapa histórica.

Aunque se ha puesto en duda la constitucionalidad de la amnistía, partiendo de su ausencia explícita que no tácita (artículo 83-b) del texto constitucional²⁵, como argumenta Linde Paniagua²⁶ sólo las Constituciones históricas de 1869 y 1931 hicieron mención de la amnistía y, obviamente, admitiéndola como instrumento del ejercicio del derecho de gracia, y la omisión en las restantes y en la vigente no significa prohibición sino obviedad de su viabilidad, pues el artículo 9.3 declara la «irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales», lo que supone *a sensu contrario* que no se prohíbe dicha retroactividad cuando sí son favorables, aseveración concordante con los dispuesto en el artículo 25.1 al declarar el derecho fundamental al principio de legalidad penal y al mismo tiempo vetar a la administración civil en su apartado 3 la privación de libertad como sanción, y a su vez el artículo 53.1 exige genéricamente la reserva de ley para las amnistías excluyéndose el decreto-ley (art. 86.1) hasta el punto de vetarse su concesión por un órgano ajeno a las Cortes mediante una ley de bases habilitante (art. 83.b) o por iniciativa legislativa popular (art. 87.3), referencia esta última que sirve además como argumento de la tácita referencia constitucional a la amnistía y de su normalidad, dado que los indultos se conceden mediante reales decretos. Tampoco podrá ser una ley autonómica al ser una competencia

²⁴ Se trataría en su versión más radical de la aplicación, con efecto retroactivo, de la nueva ley más favorable, si bien pudiendo tener efectos más allá de los aplicables a supuestos *sub iudice* o pendientes de ejecución, «olvidando» el carácter delictivo de los hechos e, incluso, incluyendo algún mecanismo resarcitorio. Ver también BOURGET, Renaud, pp. 76-81.

²⁵ PÉREZ DEL VALLE, Carlos, pp. 189-190, cita estas dudas, considerado su posible ajuste a los parámetros constitucionales. LASCURAÍN, Juan Antonio, ¿Qué puede olvidar el legislador democrático? Sobre los límites de la amnistía, Revista Digital de la Maestría de Ciencias Penales, n.º 5, MCRCP-UCR (revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP), pp. 227-263, llega a la misma conclusión, con las condiciones que luego de exponen. VEHÍ, Mireia/BERNAT, Iñasi/PETER, Olivier/SALELLAS, Benet (Amnistía. Propostes per a un debat necessari, Títre de paper/Edicions Cultura21, Manresa (Bages) 2021, pp. 91-95) exponen también posturas de la doctrina a favor y en contra de su constitucionalidad. Es una publicación de interés por su vinculación con una pretendida amnistía para los condenados en el «Procés», sobre todo si se considera que los indultos parciales concedidos (RRDD 457 a 464/2021 de 22 de junio, a los 8 condenados) tuvieron más de amnistía que de indultos particulares, pues se trató de un perdón a un colectivo, por razones políticas de partidos y no por motivaciones de justicia, equidad o utilidad social, aun cuando se ocultó en los RRDD la motivación, al hacer una remisión al «expediente». LINDE PANIAGUA, La clemencia... pp. 1413-1415 nota (2), situándola como posición doctrinal minoritaria, careciendo de relevancia su ausencia en el CP de 1995 como causa de extinción de la responsabilidad penal (pp. 1416 y 1417).

²⁶ También del mismo autor, Amnistía e insulto en la Constitución... pp. 56-61.

exclusiva del Estado (art. 149.1-6.^a) por tratarse de una norma penal que, además, y dado su carácter afectante de derechos fundamentales (tutela judicial efectiva vinculada al monopolio jurisdiccional –artículos 24 y 117 CE–, libertad –artículo 17– e igualdad –art. 14–), requerirá el rango de ley orgánica²⁷.

En resumen: la amnistía como causa de extinción de la responsabilidad penal es constitucional, cuyo otorgamiento es de exclusiva competencia de las Cortes generales, mediante ley orgánica²⁸, y el propio Tribunal constitucional, al sentar doctrina sobre la amnistía, no ha puesto en duda su constitucionalidad²⁹.

2. Diferencias con el indulto

Históricamente el derecho de gracia se articulaba a través de la amnistía y del indulto particular, pero contando con una figura intermedia que era el indulto general, intermedia por su carácter colectivo propio de la amnistía y circunscrito a la pena como el indulto particular. Vetado el indulto general por la Constitución [art. 62.i)]³⁰, sólo la amnistía y el indulto particular son los actuales vehículos para ejercer la clemencia del Estado, debiendo acentuarse en las diferencias en la futura ley reguladora de las dos instituciones.

Las diferencias actuales ya son notables, tanto en atención al poder estatal otorgante cuanto a los efectos de su concesión: el poder legislativo es el que amnistía borrando tanto la pena como el delito, y el ejecutivo el que indulta anulando sólo parte o toda la pena sin eliminar el delito, pero al figurar la «utilidad pública» en la Ley reguladora del indulto –art. 11– como uno de los posibles motivos que fundamenten su concesión cuando sea total, en la futura ley transicional, por las razones ya expuestas *ut supra*, debería reservarse para esta modalidad de gracia las razones de «justicia y equidad», centrando en la amnistía las de utilidad pública.

Otra diferencia que se puede apuntar es la posibilidad de que las amnistías sean aplicables a ámbitos extrapenales (amnistías fiscales, p.e.), extensión vetada para los indultos, y otro tanto respecto a la aplicación de las amnistías a los procedimientos penales abiertos e incluso a hechos aún sin haber sido objeto de denuncia o querrela, hipótesis que no tolera el indulto que, por defi-

²⁷ LINDE PANIAGUA, Enrique, Amnistía e indulto... pp. 120-121.

²⁸ LINDE PANIAGUA, Enrique, La clemencia... pp. 1419-1421.

²⁹ LINDE PANIAGUA, Enrique, La clemencia... pp. 1417-1419.

³⁰ Con el precedente del art. 102 de la Constitución de 1931.

nición, sólo es aplicable a penas impuestas en sentencia firme, excluido además el llamado «indulto anticipado» de la vigente ley del indulto³¹.

Y también existen diferencias en la mayor vinculación de la amnistía con el *ius puniendi*, pues al generar la derogación de una ley penal y de sus efectos ya producidos o por producir, unas veces de modo total, pero otras sin derogar su vigencia presente y futura, al circunscribir tal derogación sólo a unos determinados hechos pasados, tales efectos suponen una renuncia al *munus et ius puniendi* más intensa y extensa que el perdón total o parcial de la pena.

3. Exigencias constitucionales

Pero la propia Constitución y los convenios internacionales que a ella se incorporan marcan límites al poder legislativo a la hora de conceder amnistías, distanciándose así tal facultad de su originaria vinculación con el poder absoluto del monarca en el *Anciane régime*, además de su excepcionalidad derivada de su carácter constitucionalmente aporético en cuanto invasión del ámbito propio del poder judicial. El Tribunal Constitucional ha marcado ya algunos requisitos de constitucionalidad de la amnistía, al margen de, como se ha dicho, no haber dudado de su constitucionalidad³², al tiempo que determina su naturaleza y elementos esenciales, al considerarla en la sentencia 63/1983 una «operación jurídica» (tácitamente, no meramente política), fundada en una «idea de justicia», para borrar los efectos de «determinada normativa –en sentido amplio– que se rechaza hoy por contraria a los principios de un nuevo orden político», «operación excepcional», aplicando «retroactivamente una norma penal», con «límites infranqueables» o, como recalca la STC 147/1986, cumpliendo con la exigencia de «seguridad jurídica» y respetando «el principio de igualdad» (STC 361/1993).

La jurisprudencia del TEDH, a cuya jurisdicción está sometido el Reino de España, y de la CIDH³³, han fijado nuevos límites a las leyes de amnistía que, por mor de lo dispuesto en el artículo 10.2 CE, afectan a los derechos

³¹ Aunque una interpretación forzada del artículo 3 de esta Ley algunos consideran que lo harían viable, la presunción de inocencia y la arbitrariedad que supondría «perdonar una pena inexistente», convierten en imposible el indulto anticipado.

³² Ver nota 25.

³³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Esta jurisprudencia está referenciada en LASCURAÍN, Juan Antonio, pp. 248-260; DONDE MATUTE, Javier, El concepto de impunidad: leyes de amnistía y otras formas estudiadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la obra colectiva Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional, T. I, Colección Fundación Konrad Adenauer, UAM, 2010 pp. 263-518.

fundamentales con ella vinculados y, en consecuencia, deben considerarse con rango constitucional. En definitiva, casi todas estas limitaciones tienen que ver con la necesaria proporcionalidad de las leyes de amnistía y con la efectiva vigencia de los derechos humanos merecedores de especial protección por las normas nacionales e internacionales. Con mayor rotundidad en resoluciones de la CIDH, pero admitiendo en otras del mismo organismo y de otros foros la reducción de tales casos a ser regla general que admite excepciones si se considera cumplida la regla de la proporcionalidad, se consideran improcedente esta modalidad de clemencia en los supuestos de autoamnistía, de injustificados blindajes frente al legítimo derecho fundamental a una tutela judicial efectiva y, finalmente, en los casos de conculcación de derechos humanos o de otros delitos en los que exista jurisdicción penal universal mediante convenios internacionales, exigiendo si existieran las responsabilidades civiles derivadas de los hechos amnistiados a sus causantes.

Respecto a la aplicación del Convenio Europeo de Derechos humanos a la amnistía, concluye Chinchón Álvarez³⁴ tras analizar la jurisprudencia del TEDH, que este tribunal «ha ido desarrollando progresivamente su valoración respecto a las leyes de amnistía hasta llegar a consolidar de manera definitiva lo que ya habían ido estableciendo los restantes órganos e instituciones internacionales. Esto es, en lo que a él compete, ...: que toda medida que al fin y a la postre, pretenda impedir la investigación, juicio y en su caso sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos es incompatible con el CEDH».

V. CONCLUSIONES

De todo lo expuesto se desprenden las siguientes conclusiones:

1.^a La prerrogativa de gracia por suponer un quebranto de la división de poderes. El indulto y la amnistía son, en consecuencia, anomalías o aporías en el sistema constitucional, que no basta con considerarlos excepcionales y ponerles ciertos límites legales, sino que deben compatibilizarse todo lo posible con el propio sistema político en el que permanecen.

³⁴ Las leyes de amnistía en el sistema europeo de derechos humanos. De la decisión en Dujardin y otros contra Francia, a la sentencia de la Gran Sala en Magus contra Coacia: ¿Progresivo desarrollo o desarrollo circular?, en Revista de Derecho Comunitario Europeo, n.º 52, 2015, pp. 909-947. La conclusión se encuentra en la última página.

2.^a Las notas específicas diferenciales de ambos instrumentos de la clemencia son: el distinto poder estatal que ejerce cada una de las prerrogativas –ejecutivo y legislativo–, la incidencia en el delito –olvido– o sólo en la pena impuesta, el carácter total de la amnistía y la doble versión –total o parcial– del indulto, la generalidad del perdón al amnistiar, por afectar de ordinario a una colectividad, frente al carácter personal e individual del indulto al estar prohibidos los generales, los motivos de utilidad pública de la primera frente a los de justicia o equidad del segundo en la futura ley orgánica reguladora y, en fin, la posible aplicación anticipada a la sentencia firme e incluso al inicio del procedimiento de la amnistía, frente a la necesidad de una sentencia firme en los indultos.

3.^a Partiendo de la comunidad genérica de ambos instrumentos de clemencia, los límites, procedimientos y controles debe establecerse en una ley orgánica reguladora de la prerrogativa de gracia. El rango de ley orgánica emana del artículo 81 CE, por afectar a los derechos fundamentales contenidos en los artículos 14, 17, 24 y 25 CE.

4.^a La regulación legal del indulto deberá superar su concesión o denegación como una «gracia», en el sentido de regalo o donación entregados de modo arbitrario, convirtiéndose en un derecho del justiciable condenado en sentencia firme, cuando existan motivos ciertos y acreditados de justicia y equidad.

5.^a La nueva ley reguladora deberá obligar al Gobierno a incluir, en los preceptivos informes periódicos al Congreso de los diputados, información relativa a los anteproyectos de reforma de las leyes penales, sustantiva y procesal, y en su caso penitenciaria, para que incorporen al sistema del orden jurisdiccional penal los instrumentos que colmen las lagunas detectadas en la concesión de los indultos.

6.^a Respecto a la amnistía, la nueva ley orgánica deberá regular los supuestos que aconsejen su concesión, excluyendo, como regla general, los supuestos de autoamnistía, de injustificados blindajes frente al legítimo derecho fundamental a una tutela judicial efectiva y, finalmente, su improcedencia en los casos de conculcación de derechos humanos o de otros delitos en los que exista jurisdicción penal universal mediante convenios internacionales, exigiendo si existieran las responsabilidades civiles derivadas de los hechos amnistiados a sus causantes y vetando expresamente la desviación de poder.

CAPÍTULO XII

EL CIBERESPACIO COMO LUGAR DE COMISIÓN DEL DELITO: ALGUNOS CONCEPTOS BÁSICOS

CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA

Catedrático Emérito de Derecho Penal. Universidad del País Vasco/EHU,
Campus Lejona/Leioa, Vizcaya. Dr. h.c. mult.

I. EL CIBERESPACIO COMO *LOCUS DELICTI COMMISSI* ¹

1. Acotación conceptual

Hoy en día toda nuestra forma de vida moderna, desde la comunicación hasta el comercio, la industria la investigación científica e, incluso el planteamiento y resolución de algunos conflictos, depende fundamentalmente de las redes telemáticas.

Los problemas de ciberseguridad resultantes desafían literalmente a todas las instituciones, organizaciones y sectores de la actividad humana: los políticos, que luchan con garantizar los derechos e intereses implicados en todas sus manifestaciones en función de su ideología y del poder que ejercen, desde la ciberdelincuencia hasta las libertades de expresión y de recibir y emitir información en línea, a tiempo real. Los mandos militares, que protegen a la nación de nuevas formas de ataque, mientras planean nuevas ciberguerras. Los empresarios, que defienden sus negocios contra amenazas antes inimagi-

¹ V. con mayor amplitud ROMEO CASABONA/RUEDA MARTÍN (Eds.), Derecho Penal, ciberseguridad, ciberdelitos e inteligencia artificial, I y II, Granada, Comares, en prensa.

nables (como espionaje industrial, empresarial, financiero y comercial), y que también buscan hacer negocios contra esas amenazas, ofreciendo algunas de ellas servicios y productos sobre ciberseguridad, no siempre con los medios más adecuados para los intereses de sus clientes. Finalmente, los juristas y los especialistas en ética, que tratan de construir nuevos marcos axiológicos sobre el bien y el mal para las tecnologías emergentes, lo que no es tan fácil en una época de relativismo axiológico tan profundo y extendido.

Nos enfrentamos así a nuevas situaciones que pueden ser problemáticas, tanto para nuestros derechos y responsabilidades como ciudadanos del mundo real y del espacio virtual, hasta para cómo protegernos a nosotros mismos y a nuestras familias de un nuevo tipo de peligro, pero también a nuestras comunidades, a las empresas y a los propios intereses de los estados. Y, sin embargo, quizá no haya ningún asunto que haya adquirido tanta importancia y tan rápidamente que afecte a tantas personas, y que continúe siendo tan mal comprendido y no siempre bien utilizado.

¿Qué es el ciberespacio? O, en una aproximación tal vez convencional, pero manejable ¿qué podemos aceptar como ciberespacio, atendiendo a su funcionalidad?

Muy socorrido y una visita casi obligada es acudir al Diccionario de la RAE, que define el ciberespacio como el ámbito artificial creado por medios informáticos. Por consiguiente, de entrada, sería un ámbito (espacio) creado artificialmente a través de las TIC.

Si avanzamos un poco más allá podemos definir el ciberespacio como un espacio no físico de comunicación común, global, inmaterial, permeable, transversal, con capacidad de alterar las otras realidades². Está constituido por la interconexión mundial (y en el futuro interplanetaria) de sistemas de tratamiento automatizado de datos informatizados³. Las realidades o eventos que se suceden son virtuales, esto es, no son experiencias directas que se viven, sino representaciones de la realidad que se configuran a partir de informaciones, códigos, símbolos e imágenes. Todo se desarrolla en un ámbito esencialmente simbólico⁴, pero con efectos en la realidad física, tangible.

Vemos así que nos encontramos ante una definición de marcado perfil técnico que sugiere neutralidad, como si en realidad los problemas y las solu-

² FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel / MARTÍNEZ ATIENZA, Gorgonio, Ciberseguridad, ciberespacio y ciberdelincuencia, Cizur Menor, Thomson Reuters – Aranzadi, 2018, p. 126.

³ TAILLAT, Stéphane/CATTARUZZA, Amaël/DANET, Didier, La cyberdéfense. Politique de l'espace numérique, Armand Colin, Malakoff, 2018, p. 7.

⁴ Siguiendo a AYALA AMAYA, Juan Alberto, Los ciberconflictos a la luz del Derecho Internacional Humanitario, Bogotá, Ibáñez, 2018, p. 30.

ciones de seguridad en el ciberespacio fueran de orden técnico. Sin embargo, desde esta perspectiva se olvida muchas veces que no son menos relevantes los aspectos humanos individuales, colectivos y políticos; son éstos los que precisamente más interesan socialmente⁵, pues no son menos reales.

Dentro del ciberespacio habría que incluir el espacio ultraterrestre, el cual, aunque está regulado internacionalmente, todavía no se ha desarrollado lo suficiente como para abarcar las acciones en el espacio virtual sideral, sin que tengamos que poner para ello en órbita seres humanos u otros seres vivos. Basta con emitir ondas más resistentes a las radiaciones y de mayor alcance sideral, además de otros aspectos por lo general también técnicos. No obstante, el sentido de ubicuidad que caracteriza a las TIC terrestres, en las que la medición en términos de tiempo es irrelevante y carece de sentido, en el espacio interplanetario sideral esta medida podrá recuperar su relevancia cuando sea objeto de exploración más extensa y de asentamiento humano directo o tecnológico, incluso para el Derecho.

En resumen, lo expuesto pone de manifiesto las extremas y potencialmente graves vulnerabilidades que presenta el ciberespacio frente a (ciber)ataques de diversa naturaleza y con propósitos muy variados. Un espacio multifacético, en suma, difícilmente aprehensible desde la perspectiva del Derecho.

2. Ciberespacio y soberanía estatal: su extraterritorialidad

Uno de los aspectos jurídicamente más novedosos que ofrece el ciberespacio consiste en la relatividad del concepto de territorialidad y su efectiva vinculación al ejercicio efectivo de la soberanía por parte de los Estados. También señalamos más arriba la práctica irrelevancia en términos de medición o cuantificación temporal, dado que es inexistente o insignificante⁶.

En efecto, el ciberespacio es accesible desde cualquier lugar de la superficie terrestre e incluso más allá, valiéndose de un tejido de redes digitales globales o desde el propio espacio aéreo, por medio en este caso de satélites, que proyectan sus ondas sobre la superficie terrestre y han sido concebidos y diseñados para cumplir funciones diversas y al mismo tiempo específicas, principalmente de comunicación.

Esta idea de ubicuidad es usualmente vinculada al ciberespacio como una de sus características más identificadoras, lo que ha permitido subrayar su

⁵ AYALA AMAYA, *Los ciberconflictos*, 2018, pp. 23 ss.

⁶ TAILLAT/CATTARUZZA/DANET, *La cyberd efense*, 2018, pp. 83 s.

esencia transfronteriza, pudiendo volver obsoleto el marco jurídico actual establecido para determinar las jurisdicciones competenciales y la aplicabilidad de un derecho local o estatal⁷, poniendo así en cuestión el efectivo ejercicio del *ius puniendi*, una de las características más excelsas hasta el presente del real ejercicio de la soberanía estatal.

La elaboración de nuevos marcos regulativos y la toma de decisiones técnicas y políticas con el objetivo de controlar el ciberespacio no se ha hecho esperar.

II. AGRESIONES EN EL CIBERESPACIO: LOS CIBERATAQUES

1. Los ciberataques, manifestación de las formas actuales de los ciberdelitos

El carácter virtual, globalizado, su uso universal para las más diversas actividades, su no identidad con el espacio físico y su no vinculación a uno determinado, no solo han convertido el ciberespacio como un lugar y un medio de intercambio de información y de comunicación fácil y rápido, sino también en un espacio particularmente vulnerable.

Los ciberataques, a pesar de su complejidad y dimensión polifacética, presentan unos rasgos bien delimitados: el primero de ellos consiste en su comisión a través o contra las redes cibernéticas; además, se podría añadir su bajo coste en la mayoría de los casos, su fácil ejecución con independencia de la localización de los agresores, la capacidad de repetir fácilmente el hecho ilícito, efectividad e impacto (sobre todo si hay una pluralidad de atacantes), bajo riesgo para los atacantes, entre otros aspectos vulnerables⁸.

Por consiguiente y en síntesis es cierto que los ciberataques pueden identificarse con propiedad con una «ulterior generación» de ciberataques o (ciber) delincuencia vinculada a las TIC, que se configura por la utilización de las redes telemáticas (internet) como entorno en el que son atacados los propios sistemas de información o como medio comisivo de múltiples actividades ilícitas⁹ en las que el recurso a la IA va escalando peldaños sin cesar.

Los ciberataques suelen constituir o afectar de forma colateral a la ciberseguridad. Y ésta a su vez puede estar relacionada con la protección y en su caso, con la agresión a la propia ciberseguridad. Los problemas de ciberseguridad implican a los seres humanos en cuanto individuos, afectando en muchos casos a sus derechos fundamentales. Pero también pueden constituir ataques a

⁷ TAILLAT/CATTARUZZA/DANET, *La cyberdéfense*, 2018, pp. 84 s.

⁸ FERNÁNDEZ BERMEJO/MARTÍNEZ ATIENZA, *Ciberseguridad, ciberespacio y ciberdelincuencia*, p. 120.

⁹ Así lo aprecia también BARRIO ANDRÉS, Moisés, *Ciberdelitos: Amenazas criminales del ciberespacio*, Madrid, Ed. Reus, 2017, p. 27.

intereses colectivos de diversa naturaleza sobre personas jurídicas y otros colectivos privados (empresas) y a los propios intereses de los estados (orden público, seguridad interior, seguridad exterior, etc.), a los que aludiré más abajo.

2. La vulnerabilidad del ciberespacio

La vulnerabilidad viene determinada por la facilidad con la que pueden ser eliminadas, bloqueadas, modificadas, reemplazadas o desviadas las informaciones y comunicaciones que discurren a través de este espacio virtual intangible, pero verdaderamente real –otra realidad– sin contar con el consentimiento o la autorización debidas por parte de sus titulares o de quienes gestionan legítimamente estos recursos, que se han convertido en bienes muy apreciados en nuestra sociedad.

Podría asumirse también que la patente vulnerabilidad que ofrecen las TIC en general a muy variadas formas de ataque implica la pertinencia de una descripción y estudio, un conocimiento suficiente de sus características:

- a) De *las manifestaciones de vulnerabilidad*.
- b) De *las fuentes de riesgo* más características de aquellas, pues ello nos facilitará también ir acotando desde diversos ángulos las nociones de ciberseguridad que interesan en el ámbito de la cibercriminalidad.
- c) De *las medidas preventivas* que pueden eliminar o reducir el riesgo de ataque y con ello la vulnerabilidad que puedan presentar las TIC en cada situación concreta. Es decir, las medidas de ciberseguridad necesarias.

Por consiguiente, vulnerabilidad y riesgo son ya de entrada dos elementos imprescindibles para ir acotando el marco prejurídico de la ciberseguridad.

Vulnerabilidad. Los especialistas clasifican las vulnerabilidades de las TIC en tres grandes bloques o familias, los cuales necesitarán un desarrollo particular, en especial aquéllos que mayor interés jurídico (jurídico-penal) puedan presentar:

- a. El *factor tecnológico*, sobre todo a partir del rápido desarrollo de aplicaciones y programaciones informáticas, la IA, etc.
- b. *Fallos organizativos*, debido a defectos o carencias de organización, procedimientos formalizados (protocolos), de circuitos de validación suficientemente detallados específicamente dirigidos a reforzar la seguridad.
- c. *Humanos*, que provienen de errores humanos, olvidos, negligencias, falta de competencias, etc.

El riesgo.¹⁰ La identificación de los anteriores bloques de vulnerabilidades nos abrirá el camino para adentrarnos en el segundo presupuesto: el concepto de riesgo en el contexto de las TIC, su evaluación y su gestión.

El concepto de riesgo resulta muy familiar en el ámbito jurídico, especialmente en el del Derecho Penal. Pero también es cierto que es un concepto que, a pesar de su importancia, no ha sido fácil de definir, pues se presenta, ya de entrada, en contextos muy diversos.

Indudablemente, el riesgo hay que enfocarlo no principalmente a las TIC, como objetos de una agresión tipificada como delito (o tipificable, si nos movemos en la perspectiva de *lege ferenda*), sino como medio desde el que realizar ataques a otros bienes jurídicos de muy variada naturaleza y relevancia social (la intimidad, los datos personales, el secreto de empresa, la seguridad y la defensa nacional y los intereses de inteligencia, entre otros). Pero no debemos olvidar tampoco que los propios sistemas de la información pueden ser el objeto último de la agresión.

Conocer con mayor precisión este tipo de conductas y los recursos, medios o procedimientos de los que pueden valerse sus autores, sean o no especialistas en diversos campos de las TIC, es otro de los objetivos que requiere especial atención.

Medidas preventivas o ciberseguridad. Evidentemente, deberán ir dirigidas a corregir los factores de riesgo y, por tanto, a acciones de formación y educación de las personas usuarias o profesionales que utilizan sistemas de información, a mejorar tecnológicamente los sistemas de información frente a accesos no autorizados o más allá de la autorización reconocida, y a reordenar las estructuras organizativas de trabajo.

III. LA CIBERSEGURIDAD: UN CONCEPTO DIFUSO EN EXPANSIÓN Y UN FENÓMENO NECESITADO DE UN MARCO LEGAL AMPLIO

La seguridad es una problemática que surge en el seno de sociedades complejas interdependientes y en constante transformación¹¹. Pretende garantizar un acceso y utilización seguros de los sistemas de información y las redes

¹⁰ ÁLVAREZ JAREÑO, José A, Ciberrriesgos, su impacto económico y soluciones aseguradoras, en MALLADA FERNÁNDEZ (Dir.), Nuevos retos de la ciberseguridad en un contexto cambiante, Cizur Menor, Thomson Reuters – Aranzadi, 2019, pp. 123 ss.

¹¹ FERNÁNDEZ BERMEJO/MARTÍNEZ ATIENZA, Ciberseguridad, ciberespacio y ciberdelincuencia, p. 125.

sociales valiéndose para ello del reforzamiento de medidas eficientes de prevención y detección de los ciberataques.

Tiene como trasfondo la propia globalización del planeta, es decir, la superación de las fronteras físicas y la creación de espacios comunes de naturaleza social, cultural, económica y política, tanto en el espacio real como en el virtual; y su palanca para desenmascarar sus vulnerabilidades, el desarrollo de tecnologías cada vez más fácilmente disponibles y en algunas ocasiones, también sofisticadas.

La seguridad comporta un conjunto de controles de diversa naturaleza.

La ciberseguridad no es otra cosa que la seguridad referida al ciberespacio; es la seguridad del espacio cibernético, por tanto, virtual, no material, físico o tangible; aunque también le compete la seguridad de los instrumentos y materiales que soportan y dan vida al ciberespacio, es decir, el llamado *hardware* en sentido amplio (sistemas informáticos, incluidas las bases físicas de colección y mantenimiento de la información, las redes de comunicación, como cableados, satélites).

Suele aceptarse que el concepto de ciberseguridad está integrado por tres elementos, cuya incolumidad debe ser garantizada: la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los sistemas de información y de los datos tratados a través de aquéllos.

Estos elementos aluden, respectivamente, al aseguramiento de que sólo puedan acceder a información quienes estén debidamente autorizados (confidencialidad); asegurar que la información y los procedimientos de su tratamiento sean exactos, completos y no manipulables (integridad); y asegurar que los usuarios autorizados tengan acceso a la información y sus derivados cada vez que lo necesiten o requieran (disponibilidad).

La ciberseguridad se logra con la suma de recursos técnicos, organizativos y legales, fundamentalmente.

A partir de una definición de ciberseguridad que incluya dichos elementos, se trata de analizar sus contenidos para con ello tener una idea más precisa de la ciberseguridad y comprobar si este concepto es válido para los objetivos específicos del Derecho Penal, que continúan siendo la protección de los bienes jurídicos más relevantes del individuo y de la comunidad frente a los ataques más graves e intolerables a los mismos, como ya estableció el maestro José Cerezo Mir¹².

¹² CEREZO MIR José, Curso de Derecho Penal Español. Parte General, I, 6.ª ed., Madrid, Tecnos, 2004, pp. 15 s.

En consecuencia, hay que delimitar el concepto de ciberseguridad. En primer lugar, en torno a los delitos relacionados con las TIC que recoge el Código penal. Dentro de éstos se podrán identificar y diferenciar aquellos que tienen un componente (1) exclusivo o (2) destacado de atentado contra la ciberseguridad, además, posiblemente, de contra otros bienes jurídicos diversos, (3) de aquellos otros delitos en los que la ciberseguridad no se ve afectada de manera relevante o principal.

Este análisis nos ha llevado con frecuencia a la conclusión de la existencia de una cierta ambigüedad sobre el grado de presencia del elemento del tipo de lo injusto correspondiente que comporta implícita o explícitamente una vulneración de los sistemas de seguridad (seguridad y ciberseguridad) de un sistema informático (p. ej., arts. 197 bis y 264 bis CP), y si precisamente ese elemento común presenta la suficiente entidad como para constituir un hilo conductor que permita englobar desde esa perspectiva unificadora todos los delitos implicados; o si simplemente se trata de un elemento común sin fuerza suficiente para extraer ninguna consecuencia sistematizadora relevante, por ejemplo, que deban agruparse todos esos delitos en un mismo lugar del CP, bajo la cobertura de la ciberseguridad como bien jurídico exclusivo, dominante o destacado.

En cuanto a la casuística, más abajo se abordarán aquellos hechos posiblemente delictivos que pudiendo constituir algún ciberdelito, pueden afectar al mismo tiempo a la ciberseguridad, según se propone aquí.

La *confidencialidad*, la *integridad* y la *disponibilidad* de los sistemas de comunicación e información constituyen el bien jurídico combinado a proteger en la criminalización de determinados ataques contra los sistemas de información.

La *integridad* de un sistema informático alude a su conservación y mantenimiento inalterado, sin perjuicio de las pertinentes modificaciones del contenido de la información almacenada en el sistema exclusivamente por parte de la/s persona/s autorizada/s.

La *confidencialidad* de dicho sistema se basa en que su utilización corresponde exclusivamente a la/s persona/s autorizada/s, quienes, a su vez, deberán guardar reserva sobre los contenidos a los que hayan accedido.

Finalmente, la *disponibilidad* hace referencia al control sobre el acceso y la utilización de un determinado sistema por parte de la/s persona/s autorizada/s libre de trabas ajenas, con exclusión de los demás.

El bien jurídico relativo a la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los sistemas de información merece la protección del ordenamiento jurídico y dada la importante función social que desempeña, se legitima la intervención

del Derecho penal para su protección, así como para la represión de aquellos comportamientos que la lesionen, esto es, la ciberseguridad así acotada. Este bien jurídico actúa como una barrera de contención de riesgos para otros bienes jurídicos que se involucran en su espacio social; en buena medida es un bien jurídico instrumental o medial.

La utilización de las TIC ha conducido al surgimiento de unos intereses de diversos potenciales sujetos titulares¹³ que presentan unas notas comunes. Por una parte, los particulares tienen interés en que se proteja la integridad o la confidencialidad de los sistemas informáticos al margen de los contenidos de naturaleza personal o patrimonial que se almacenen en los mismos, como un instrumento que facilita sus relaciones sociales, económicas, etc.

También las empresas disponen por medio de los modernos sistemas informáticos de un instrumento que facilita y potencia su actividad económica y que conlleva una notable ventaja competitiva en el mercado, y manifiestan un interés en que se proteja no sólo el contenido de la información que almacenan—su integridad—, sino además la confidencialidad y la disponibilidad de dicho sistema. De nuevo la ciberseguridad.

Del mismo modo, los organismos públicos están concernidos en la protección de los sistemas informáticos que almacenan los datos personales de todo tipo o que regulan las relaciones de las distintas administraciones con los administrados, la cual es fundamental para el debido funcionamiento de aquéllas.

Además de este interés generalizado debemos observar que la realización de diversas operaciones económicas, financieras, empresariales, laborales, administrativas, etc. por parte de los usuarios tiene que llevarse a cabo de una forma práctica pero segura, es decir, garantizando tanto la disponibilidad del sistema informático como la identidad o la autenticación de la persona que accede a dicho sistema.

Por su parte, los usuarios (administrados, empresas, etc.) muestran su propio interés en que cumpliendo unos determinados requisitos se pueda acceder a dichos sistemas informáticos para llevar a cabo aquellas operaciones que sean relevantes, sin que se interpongan demasiados obstáculos por motivos de seguridad.

En suma, nos encontramos con la convergencia de todos estos variados intereses que explican, por una parte, la función social que corresponde a los sistemas de información como importantes herramientas de crecimiento y desarrollo económico, social y cultural; y, por otra parte, explican la demanda de medidas de

¹³ V. más ampliamente, ARPAGIAN, Nicolas, *La Cybersecrité*, Paris, Presses Universitaires de France, 2010, pp. 77 ss.

seguridad de carácter técnico y de organización en su utilización. Éstas, a su vez, incluyen mecanismos y prácticas profesionales que permiten tanto un uso continuado de las tecnologías (*compliance*) como el establecimiento de medidas preventivas contra una variedad de acciones destinadas a interrumpir o sabotear su funcionamiento o la interpretación de datos elaborados y tratados por otros.

IV. LOS CIBERDELITOS: SU EVOLUCIÓN POLÍTICO-CRIMINAL

1. La construcción del futuro Derecho Penal de las tecnologías de la información y la comunicación

Por ciberdelitos podemos entender el conjunto de conductas relativas al acceso, apropiación, alteración, intercambio y puesta a disposición de información reservada en redes telemáticas, las cuales constituyen su entorno comisivo, perpetradas sin el consentimiento o autorización exigibles o utilizando información de contenido ilícito, pudiendo afectar a bienes jurídicos diversos de naturaleza individual o supraindividual.

Los ciberdelitos, aunque coexistieron en el tiempo con los llamados delitos informáticos (en principio, prácticamente desconectados en su perpetración de las redes telemáticas según las entendemos en la actualidad), configuran una generación posterior de esta clase de delincuencia vinculada con las TIC, si nos fijamos en la diversificación y expansión que han alcanzado los ciberdelitos a lo largo de las últimas décadas.

Por otro lado, como podrá comprobarse más adelante, los problemas jurídicos más específicos de los ciberdelitos están relacionados muy directamente con las insuficiencias de la aplicación de la ley penal en el ámbito espacial de su vigencia y con la necesidad de buscar otras fórmulas legales basadas en la extraterritorialidad y en la entreatyuda judicial y policial con el fin de superar los límites penales de dicho espacio¹⁴. Siendo menos frecuentes los problemas de su adecuación típica, también pueden suscitarse en ciertos supuestos más allá de la novedad comisiva que obviamente puedan plantear, como son la estructura dogmática de la omisión, los principios de imputación a los sujetos responsables (personas físicas, personas jurídicas, entes tecnológicos diversos como robots y sistemas de IA cada vez más autónomos), el alcance del dolo y

¹⁴ ROMEO CASABONA, Carlos María, De los delitos informáticos al cibercrimen. Una aproximación conceptual y político-criminal, en Romeo Casabona, CM (Coord.), El cibercrimen. Nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales, Granada, Comares, 2006, p. 10.

de la culpabilidad en relación con entes no humanos, la teoría del error, así como otras categorías jurídico-penales de relieve similar¹⁵.

Desde una perspectiva político-criminal no siempre es necesario el recurso al Derecho, y en particular al Derecho Penal, para lograr los propósitos de protección de los bienes jurídicos vinculados con los ataques relacionados con las TIC. El Derecho debe quedar reservado a cuando otros instrumentos no jurídicos no sean suficientes para conseguir tales objetivos; y al Derecho Penal en concreto debe acudir únicamente cuando otros sectores del ordenamiento jurídico (p. ej., el Derecho Administrativo), hayan fracasado en sus pretensiones de protección (principios de subsidiariedad y *ultima ratio*). Quiere significarse así que no puede pretenderse que la ordenación jurídica de las redes descansa exclusiva o fundamentalmente en el sistema penal, sino que debe orientarse en primer lugar a la adopción de acciones y medidas extrajurídicas, así como a la configuración de un conjunto normativo extrapenal, tanto unas como otros con propósitos preventivos.

En efecto, no hay que olvidar una importante, frecuente y conocida reflexión, a saber: los instrumentos jurídicos son una vía para la protección de los bienes jurídicos, pero no la única ni probablemente la más eficaz. Para prevenir estas conductas parece más conveniente apostar, en primer lugar, por la adopción de medidas de seguridad y de protección de naturaleza diversa: físicas, tecnológicas (valiéndose de procedimientos informáticos), organizativas y laborales, en su caso; y deberán aplicarse con una intensidad proporcional al valor intrínseco de los sistemas informáticos que se dispongan y de su importancia operativa para la persona, empresa, entidad o administración pública afectadas. Así, la restricción de acceso a los locales en los cuales se encuentran sistemas informáticos con datos de trascendencia cuya integridad hay que salvaguardar, el establecimiento de claves de acceso con distintos niveles de accesibilidad a los trabajadores en función de su categoría, función y responsabilidad, la autenticación de la identidad de los comunicantes o de las partes de un negocio jurídico celebrado a través de la red (firma electrónica), etc.

2. **¿Situaciones conflictivas para el futuro? El caso de los vehículos de transporte inteligentes**

El diseño y producción de automóviles de conducción automática, con capacidad de respuestas autónomas ante situaciones de emergencia que

¹⁵ ROMEO CASABONA, loc. cit.

pueden dar lugar a una colisión con otro vehículo o con la pérdida de la vida de un transeúnte o la lesión de su integridad corporal, ha dado lugar a una viva discusión.

Al menos una compañía (Tesla) está trabajando para hacer realidad en nuestras vidas esta maravillosa hipótesis; otras empresas del sector han iniciado también planes de creación y desarrollo de vehículos con estas características, lo que podría revolucionar el mercado del automóvil en un futuro que no se ve todavía tan próximo.

La idea ahora no es únicamente construir y programar vehículos que puedan actuar de una manera verdaderamente autónoma y tomar sus propias decisiones durante la circulación, por ejemplo, evitar una inminente colisión con otro automóvil. La intención de los expertos respecto a esta clase de aparatos va más lejos. Consiste en obtener una vista previa de todos los accidentes potenciales y preparar una respuesta (una decisión) para evitarlos.

Podemos imaginar una colisión en la que las únicas reacciones alternativas posibles del automóvil pudieran ser, bien dañar la vida o integridad del pasajero enfrentado, bien la vida o integridad del pasajero del propio vehículo, en ambos casos como efecto de la colisión de ambos vehículos. Pero también podemos manejar la hipótesis de que ambos vehículos, o uno de ellos, transporte a un número variado de pasajeros, o de que la víctima no sea uno de los ocupantes de esos vehículos, sino un tercero, por ejemplo, un peatón ¿Deberíamos, en cambio, sugerir dejarlo completamente como si se tratara de un resultado casual o fruto del azar? ¿Podría ser técnicamente admisible esta hipótesis?

En este punto habría que abrir un pequeño paréntesis, frente al entusiasmo con el que se han puesto a discutir algunos juristas y filósofos sobre esta hipótesis y cómo resolverla. En efecto, se aprecia aquí una falacia discursiva ya en el mero planteamiento de estos ejemplos. En efecto, si nos estamos refiriendo a una situación futura en la que estos autómatas de locomoción se habrían extendido de forma universal en el mercado, o en una zona territorial determinada, y, por consiguiente, en el parque de vehículos activos, significaría que todos ellos –y por tanto, también los dos vehículos involucrados en la colisión accidental tomada como hipotético punto de partida– estarían en las mismas condiciones lógicas (software) de poder prevenir y evitar la colisión y con ello de que se produjeran la muerte o lesiones corporales en los pasajeros. De lo contrario, en la hipótesis de que un aparato automatizado inteligente no estuviera en las condiciones tecnológicas de aportar una seguridad más completa a sus pasajeros, no debería estar permitida su introducción en el mercado, al menos como instrumento autónomo. No obstante se han producido ya algu-

nos incidentes con resultado mortal (un conductor de la empresa fabricante, Tesla, y un peatón)¹⁶.

Hecha esta aclaración, podemos proseguir con este ejemplo y ver cuál podría ser el enfoque jurídico más aceptable.

En Derecho Penal el tratamiento en situaciones similares asimilables a la que estamos comentando ha sido usualmente asumir que cualquiera de las dos hipótesis alternativas expuestas más arriba (muerte o lesiones en el pasajero del vehículo tercero, frente a muerte o lesiones del pasajero del propio vehículo) podría ser aceptable por ley, recurriendo al estado de necesidad en cuanto causa eximente de la responsabilidad penal (n.º 5 del art. 20 CP), al menos respecto al daño producido (muerte o lesiones corporales), considerando que al enfrentarse dos males de semejante entidad esta eximente sólo excluiría la culpabilidad, no la antijuricidad del hecho, pero en todo caso sí la responsabilidad penal¹⁷.

Sin embargo, incluso desde este plano de la culpabilidad hay discrepancias en cuanto a la forma de solución del estado de necesidad exculpante. Algún autor requiere para que el conflicto pueda resolverse en el marco de la eximente de la responsabilidad mencionada que se haga a favor de la hipótesis que comporta una lesión menor de bienes jurídicos, por ejemplo, la muerte de una persona frente a la alternativa de varias muertes de los pasajeros del otro vehículo. En realidad, esta cuestión no debe resolverse en el marco estricto de la ponderación de males concurrentes oponibles, sino en el de producir el menor daño de los diversos previstos como posibles. De este modo, si se logra evitar un mal (p. ej., en este caso propio) causando a cambio otro de la misma entidad o incluso varios, el resultado no puede ser reprochado jurídicamente, si el último era el único factible para evitar el mal propio.

Se habrá apreciado que esta solución trata en el fondo de buscar una solución de exención de responsabilidad jurídica del sistema o aparato inteligente, aceptando así un Derecho Penal que asume la responsabilidad penal de los robots y otros sistemas inteligentes. No obstante, este enfoque también podría servir si se atribuye la responsabilidad a un ser humano, como el fabricante o el usuario del sistema.

¹⁶ En el primer caso los sensores de radar habían detectado como si fuera un puente un obstáculo en la autopista por la que circulaba el vehículo, y la cámara identificó un camión blanco que iba por la derecha. En el segundo, el peatón atravesó la calzada por un lugar diferente al paso para peatones, y aunque llevaba un conductor que podía hacer uso del volante esto no funcionó, por lo que la empresa de servicios de transporte propietaria del vehículo, Uber, ha anunciado que va a interrumpir por el momento este tipo de prestaciones con vehículo automatizado. La empresa Tesla insiste en que se trata de un sistema de ayuda al conductor, e insta a los conductores humanos a asegurar el control del automóvil y mantener las manos al volante. V. el periódico *Süddeutsche Zeitung*, 20.03.2018, Heft 3, p. 17.

¹⁷ WEIGEND, Thomas, *Notstandsrecht für selbstfahrende Autos?*, ZIS, 10, 2017, pp. 599-605.

Cada uno de nosotros, como potenciales futuros compradores de estos automóviles de conducción automática, probablemente preferiríamos elegir el automóvil programado más específicamente para proteger nuestras propias vidas e integridad. ¿Pero sería aceptable una opción semejante, que colocaría a unos ciudadanos en una situación privilegiada frente a otros? Y cabe preguntarse también si estas diferencias en la perfección de estas alternativas podrían basarse en la diferencia de precio de unos vehículos inteligentes frente a otros. Este ejemplo nos da una representación sobre la insensibilidad de las respuestas que se han venido proponiendo en el pasado reciente y la complejidad del enfoque jurídico de estos nuevos problemas que pueden plantear los sistemas IA.

En conclusión, se ha planteado una cuestión jurídicamente prematura, al ser todavía desconocidos o demasiado conjeturales los presupuestos fácticos en los que podría basarse. Estamos lejos todavía de hallarnos ante un peligro tecnológico real o inminente que requiera una toma de posición inmediata.

V. LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL

La cooperación internacional en el ámbito de los ciberdelitos y los ciberrataques en general es imprescindible e irrenunciable, así como inevitable abordar las adaptaciones estructurales y procesales necesarias, no solo en el ámbito nacional, sino sobre todo a nivel internacional, como mejor recurso jurídico –pero no único– para prevenir su comisión, su expansión y una más eficiente investigación judicial de las mismas¹⁸. Y la única que puede llegar a ser realmente efectiva, aunque no se logre de forma inmediata.

De ahí que hayan tomado iniciativas tanto la UE, en un plano supranacional, como el Consejo de Europa, ya desde el Convenio de Budapest sobre cibercriminalidad (2001), sino incluso también en relación con el crimen organizado transnacional (COT)¹⁹.

Suele aceptarse que tanto la ciberguerra como la ciberdefensa, que tampoco suelen encontrar límites espaciales o territoriales, presentan una dimensión que apela al Derecho Internacional. Este apenas se ha desarrollado cuando se trata de conflictos en el ciberespacio, sin perjuicio de que algunos principios y previsiones jurídicas del Derecho Internacional convencional pueden ser aplicables cuando una agresión armada desde un Estado es perpetrada

¹⁸ En este sentido, BARRIO ANDRÉS, *Ciberdelitos*, 2017, pp. 129 s.

¹⁹ CONSEJO DE EUROPA, *Libro Blanco sobre el crimen organizado transnacional* (trad. Perin, revisión Romeo Casabona), Estrasburgo, s/f., 54 pp.

contra otro u otros Estados. Así, la respuesta a una agresión armada puede consistir en la adopción de medidas de naturaleza también militar fundadas en la legítima defensa, pudiendo recurrirse a instrumentos cibernéticos capaces de responder o incluso de atacar a medios de agresión convencionales o cibernéticos; asimismo, el recurso a las TIC con el fin de repeler agresiones en sistemas y redes que podrían utilizarse para ejecutar el acto de agresión. Y comporta una modificación radical de las relaciones internacionales, otorgando más poder ejecutivo a las organizaciones internacionales universales.

La obligación de diligencia debida (*due diligence*) puede ser fuente de responsabilidad para un Estado tomando como referencia el territorio desde el que se ha lanzado una ciberoperación contra los derechos o intereses legítimos del Estado víctima. La valoración de esta obligación y la efectividad de su aplicación constituye uno de los grandes retos a los que deberá enfrentarse el Derecho Internacional del futuro²⁰.

²⁰ TAILLAT/CATTARUZZA/DANET, *La cyberdéfense*, 2018, p. 69.

CAPÍTULO XIII
SOCIEDAD LÍQUIDA Y DERECHO PENAL ¹

RAQUEL ROSO CAÑADILLAS
Profesora Titular de Derecho Penal.
Universidad de Alcalá, Madrid.
Patrona de la FICP

I. INTRODUCCIÓN

La sociología actual está apuntando importantes quiebras y transformaciones en las sociedades posmodernas que invitan cuanto menos a la reflexión. En lo que me permite la extensión de este trabajo, de la mano de dos ejemplos: la codificación y el Derecho laboral (penal), trato de vislumbrar en este primer y tímido acercamiento algunas de las implicaciones que pueden tener estas profundas transformaciones sociales en la concepción, estructuración e incluso existencia del propio Derecho. En la sociedad líquida en la que reina la deslocalización, la temporalidad, la digitalidad, la volatilidad..., se producen grandes quiebras en la seguridad en cualquiera de sus manifestaciones, también en la seguridad jurídica, generando contextos de desestabilización e incertidumbre vital, que simultáneamente atraen el fortalecimiento de una libertad lúdica y pospanóptica para los que ostentan el poder, y una libertad monitorizada (vigilada) y dirigida para el resto de ciudadanos, los cuales aceptan de buen grado a

¹ Este artículo ha sido escrito durante una estancia de investigación en la Universidad Humboldt de Berlín. Quiero agradecer al Prof. Greco su acogida en su Instituto y en su Universidad, así como las observaciones que me hizo a este trabajo.

cambio de la protección suficiente para calmar la angustia vital producida por la inseguridad y la incertidumbre. Esta tensión entre libertad y seguridad estaba ya en la base de la sociedad moderna industrializada y el Derecho ha sido una herramienta vehicular estatal para alcanzar un equilibrio entre estos dos polos. La cuestión, que requiere más que estas pocas páginas, es si el Derecho con su propio proceso de codificación, sus categorías, principios e instituciones sigue siendo esa herramienta en esta sociedad del riesgo, desregularizada y líquida, y en el caso de serlo, cómo debe ser ese Derecho que tiene que mantener una tensión equilibrada entre la seguridad y el orden, como elemento sólido, y una libertad cada vez más refractaria al orden y a la solidez.

II. POSMODERNIDAD, MODERNIDAD LÍQUIDA Y MODERNIDAD DIGITAL «DESCORPOREIZADA»²

Los sociólogos y filósofos describen en los tiempos actuales cambios de toda índole, los cuales germinaron en las postrimerías del siglo pasado. Estos cambios estructurales se proyectan en la situación social, económica, política, en las relaciones personales, en la autopercepción personal...; no hay ámbito en el que el ‘cambio’ no se haya manifestado de alguna manera. Se dibujan estos tiempos como tiempos difíciles, convulsos e inseguros, tiempos de la «exasperación de la incerteza»³. Este periodo posmoderno también se define por la interconexión vital, social, política y económica como fenómeno de la globalización, que introduce un efecto instantáneo de afectación e influjo entre sociedades, Estados y economías distintas, pero interconectadas. De este modo, las crisis económicas, crisis sociales, la pérdida de referentes éticos y morales, las difuminadas y menoscabadas señas de identidad cultural y política se expanden y viajan por doquier, creando un cierto sentimiento de confusión y de pérdida del sentimiento de pertenencia. Estas crisis o pérdidas se generaban en un espacio territorial concreto, pero el espacio ahora ya no impor-

² HAN, Byung-Chul, *Undinge. Umbrüche der Lebenswelt*, 3.^a Auf., Berlín, Ullstein, 2021, 9 ss.; *No-cosas. Quiebras del mundo de hoy*, (trad. por Joaquín Chamorro Mielke), Barcelona, Taurus, 2021, 13 ss. explica cómo estamos pasando del estado de cosas y el orden terreno y estable al orden digital, en el que se desnaturalizan las cosas del mundo informatizándolas. «El mundo se torna cada vez más intangible, nublado y espectral. Nada es *sólido y tangible*» (Undinge, 3.^a, 2021, 9; *No-cosas*, 2021, 13). El mundo, como he indicado en el título del apartado, se está descorporeizando, lo que está cambiando nuestro universo y nuestro cerebro, sobre todo, en su parte perceptiva.

³ Muchos momentos de la historia de la humanidad han sido inciertos y convulsos, pero ninguno ha alcanzado, primero, el nivel de incertidumbre y de riesgos creado paradójicamente por el propio ser humano, lleva su huella, afanado en el progreso tecnológico y, segundo, la globalización y la digitalización expande y sobredimensiona los riesgos y la desestabilización.

ta, porque se ha superado el estado de vigilancia panóptico con los smartphones, ‘el poder’ se ha vuelto extraterritorial y el tiempo se ha reducido a la instantaneidad. Las instituciones derivadas de un estado de solidez y de anclaje férreo en las ideas y en una serie de normas y principios están cuestionados por haberse convertido en inútiles, inservibles y superados. La responsabilidad se deslocaliza, para no identificar al responsable, y se esconde detrás de vericuetos alambicados de división del trabajo, de gestión, de decisiones colegiadas que hacen difusa, por ejemplo, la probanza del sentido del voto. La sociedad es manipulada e informada convenientemente utilizando sibilinos canales psicológicos de desinformación. Se vive en el cortoplacismo, en la urgencia, en la inmediatez, en la necesidad perentoria de dar una respuesta rápida, medida y exigida en segundos. Pareciese que nada es lo que es. Se instala la incertidumbre y la confusión⁴.

Estos tiempos son los tiempos posmodernos, denominados por Beck de la segunda modernidad o de la modernidad reflexiva, descrita por el sociólogo alemán como una sociedad del riesgo (*Risikogesellschaft*) y globalizada, que supera el nacionalismo metodológico y la teoría del Estado-nación como contenedor de una determinada sociedad⁵. Con otra expresión también plástica y metafórica bautiza Zygmunt Bauman esta época como de la modernidad líquida

⁴ Cfr. en este sentido, BAUMAN, *Modernidad Líquida*, (trad. por Rosenberg/Arrambide Squirru), Buenos Aires, Fondo Cultura económica de Argentina, 2000, 8 ss.

⁵ ¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo. Respuestas a la globalización, Barcelona, Paidós, 2008, 30-31; La primera modernidad se contraponen a esta segunda modernidad. En la primera se trata de una modernidad sólida asentada en el nacionalismo metodológico con el isomorfismo Estado-sociedad asumiendo de este modo que los contornos del Estado coinciden con el de la sociedad, de suerte que el Estado nacional se convierte en contenedor de la sociedad. En la segunda modernidad, la globalización trae de la mano un gran cambio y explosión la idea de Estado-nación, por la conformación de una sociedad civil mundial, que ya no se puede contener en el Estado-nación apegado a un territorio con fronteras físicas muy delimitadas, ya que la economía, la cultura, la política adquiere dimensiones globales interconectadas, entretejiendo influencias y efectos recíprocos. Con la idea de sociedad civil mundial surgen oportunidades de poder, espacios de lo social en el quehacer, la vida y la experiencia que destripan y ponen patas arriba la ortodoxia de la política y la sociedad (Beck, 2008, pp. 133 ss.); el sociólogo alemán también nos advierte de que «La unidad del Estado, sociedad e individuo que presupone la primera modernidad se diluye aquí. Sociedad mundial no significa una sociedad de economía mundial, sino una sociedad no estatal, es decir, un conglomerado social para el cual las garantías de orden territorial estatal, pero también las reglas de la política públicamente legitimada pierden su carácter obligatorio. Ausencia de Estado (a-estatalidad) significa que se da una situación de competencia entre los Estados» (Beck, 2008, p. 197). [Cfr. por ejemplo el desarrollo de las ideas de Beck en los fenómenos migratorios en LLOPIS GOIG, El «nacionalismo metodológico» como obstáculo en la investigación sociológica sobre migraciones internacionales, *Empiria*, Revista de metodología de ciencias sociales 13, 2007, pp. 101-117, el cual expone como la globalización y el fenómeno de las migraciones internacionales evidencia la necesidad de cuestionar el nacionalismo metodológico y sus bases epistemológicas y metodológicas; Igualmente GARCÍA RUBIO, *Sociedad líquida y codificación*, ADC, 2016, pp. 745 y ss. parte de las características de esta posmodernidad para evaluar las consecuencias de la misma en la codificación y el Derecho como desarrollo sólido de las funciones de un Estado, aunque ya no sea concebido como un Estado-nación]

da. Deteniéndome algo más, en lo que me permite la extensión de este trabajo, Bauman explica que seguimos en la etapa de la modernidad, pero ésta ha mutado. Ya no se trata de una modernidad sólida, estática, persistente e institucional, sino de una modernidad líquida, permeable, liviana. Con esta comparación traída de los estados de la materia⁶, nos recrea vivamente la fluidez, la relajación de formas moldeables, maleables e informes que tiene la materia en estado líquido. Los líquidos no guardan la forma, por lo que importa es el flujo del tiempo y datar la forma instantánea que adquieren en las secuencias temporales sucesivas. Lo líquido se adapta en el instante al espacio que lo contiene, sin que quede secuestrado por él. Esta metamorfosis líquida se materializa en una flexibilización de las relaciones personales, en una relajación de las responsabilidades y los compromisos, en una adaptación permeable de contenidos, desregulaciones y liberalismo de mercado, llegando, en este campo, incluso a planteamientos anarcocapitalistas en algunos casos. Para Bauman este intenso cambio se fragua por la disolución de los sólidos: del apego al territorio, de la concepción de las grandes fábricas y la industria pesada como centros de trabajo, del compromiso vitalicio y casi inamovible del empleador con su mano de obra, en el sedentarismo, en la organización política del Estado-nación..., toda esta disolución de lo sólido «condujo a una progresiva emancipación de la economía de sus tradicionales ataduras políticas, éticas y culturales»⁷.

Por otro lado, también apunta Bauman, los fluidos tienen una extraordinaria movilidad, de la que carecen los sólidos, lo que les dota de «liviandad»⁸. Toda esta flexibilización permite que los agentes libres no se comprometan entre ellos y eludan la reunión, se disuelven las fuerzas, que podrían mantener el orden y también los vínculos entre las elecciones individuales y los proyectos y las acciones colectivas, surgiendo lo que se ha dado en llamar las «categorías e instituciones zombis»⁹, que están muertas, pero todavía presentes en la sociedad y con apariencia de cierta función, como la comunidad, la familia, la clase o el vecindario. Sin embargo, la condición humana ha cambiado con la modernidad fluida y con ella la estructura sistémica de instituciones y catego-

⁶ BAUMAN, *Modernidad líquida*, 2002, 3, explica cómo recurre a la metáfora de los fluidos y sus características, porque le sirve enormemente para dibujar y describir la etapa actual de la era moderna.

⁷ *Ibidem*, 10.

⁸ *Ibidem*, 8.

⁹ BAUMAN, *Modernidad líquida*, 2002, 12 toma la terminología y el concepto de Rutherford y de Ulrich Beck, *Libertad y capitalismo*. Conversaciones con Johannes Wilms (trad. B. Moreno), Barcelona, Paidós, 2002, 14 ss. y así BAUMAN señala que BECK «denomina zombis a ciertos conceptos que, aunque alguna vez tuvieron vida, sobreviven en nuestros días sólo como sombras lingüísticas, sin contenido preciso ni márgenes claros, incapaces de clarificar el debate y por tanto de orientar la acción. «Soberanía», «clase», «nación»... todas esas expresiones albergaron en su día un significado exacto, pero hoy se encuentran lejos de proporcionarnos un utilaje».

rías, por lo que Bauman considera que hay que repensar los viejos conceptos para comprobar si esas categorías-zombis todavía son factibles con una resurrección o nueva reencarnación, y en caso contrario, disponerles un funeral y una sepultura decentes¹⁰.

Otro fenómeno de la modernidad líquida apuntado por Bauman es el de que el tiempo y el espacio ya no van juntos. El tiempo va de la mano de la velocidad, que ha alcanzado en la modernidad líquida su límite natural, al moverse al tiempo de la señal electrónica, de la señal digital, añadido, y adquirir así el dominio de la instantaneidad, por lo que «el poder» se vuelve extraterritorial y pospanóptico, prescindiendo de los aspectos más irritantes del modelo panóptico, en el que el vigilante tenía que estar atado al lugar y a la administración de su tarea de vigilancia. En la modernidad líquida, con relaciones de poder pospanópticas, la gente que maneja el poder del que depende el destino de los socios menos volátiles de la relación puede ponerse en cualquier momento fuera del alcance y volverse absolutamente innacesible. «El fin del panóptico augura *el fin de la era del compromiso mutuo*; entre supervisores y supervisados, trabajo y capital, líderes y seguidores, ejércitos en guerra. La principal técnica de poder es ahora la huida, el escurrimiento, la elisión, la capacidad de evitar, el rechazo concreto de cualquier confinamiento territorial y de sus engorrosos corolarios de construcción y mantenimiento de un orden, de la responsabilidad por sus consecuencias y de la necesidad de afrontar sus costos»¹¹. El nomadismo antes denostado se venga ahora del principio de territorialidad y el jaleado sedentarismo de la sociedad sólida. La élite global contemporánea toma la antigua forma de «amos ausentes», que pueden gobernar sin necesidad de cargarse de tareas administrativas y gerenciales, no se aferran al suelo, no se comprometen, porque las oportunidades pueden surgir en cualquier momento y hay que viajar liviano. La rentabilidad y la ganancia se encuentra en la «desenfrenada velocidad de la circulación, reciclado, envejecimiento, descarte y reemplazo»¹², no interesa lo durable, ni la duradera confiabilidad del producto.

Por último, la sociedad ya no es una sociedad de producción, sino de consumo¹³; a ello hay que sumar la digitalización con un consumo desaforado de información y con una tecnología *big data*, en los que se agazapa un poder de control y vigilancia, aunque el fin original e inicial de esta tecnología fuese su valor predictivo para la toma de decisiones adecuadas. El orden terrenal está

¹⁰ *Ibidem*, 14.

¹¹ *Ibidem*, 16.

¹² *Ibidem*, 18-19.

¹³ BAUMAN, Vida de consumo (trad. por Rosenberg/Arrambide), 2007, 20 ss.

siendo sustituido por el orden digital. Es la información la que determina el mundo en el que vivimos, entra por todas partes. «Ya no habitamos la tierra y el cielo, sino Google Earth y la nube. El mundo se torna cada vez más intangible, nublado y espectral. Nada es *sólido* y *tangible*»¹⁴. Además, «no es posible detenerse en las informaciones. Tienen un intervalo de actualidad muy reducido. Viven del estímulo que es la sorpresa. Ya por su fugacidad, desestabilizan la vida. Reclaman hoy permanentemente nuestra atención. El tsunami de información arrastra al propio sistema cognitivo en su agitación. Las informaciones no son unidades estables. Carecen de la firmeza del ser. Niklas Luhmann caracteriza así la información: «Su cosmología no es una cosmología del ser, sino de la contingencia»¹⁵. En esta infoesfera (*Infosphäre*), ordenada digitalmente, la verdad da paso a la sociedad posfactual, en la que las *fake news* tienen más rendimiento y son más efectivas que la verdad y los hechos. Las *fake news* tienen un efecto a corto plazo y la verdad requiere mucho tiempo, al igual que la confianza, las promesas, la responsabilidad, el compromiso, las obligaciones y la fidelidad. Todo se descorporiza: El libro físico es sustituido por el libro electrónico, la hospitalidad se comercializa en plataformas como Airbnb, los afectos humanos se sustituyen por valoraciones o *likes*. Los amigos se plasman en números en una pantalla de *smartphone*, principal infómata (*Infomate*) de nuestro tiempo, que espía constantemente a su usuario, la comunicación a través de este aparato es una comunicación descorporeizada y sin visión del otro, pero incluso sin escucha activa del otro, porque preferimos escribir un mensaje, en lugar de llamar¹⁶.

Hasta nuestro propio cuidado lo dejamos en manos del algoritmo y la inteligencia artificial, perdiendo nuestra autonomía y formando parte de una infoesfera que tiene cabeza de Jano, la cual «nos ayuda a tener más libertad, pero al mismo tiempo nos somete a una vigilancia y un control crecientes. Google presenta la futura *smarthome* en red como una «orquesta electrónica». Su usuario es un «director de orquesta». Pero los autores de esta utopía digital describen en realidad una *prisión inteligente*. En la *smarthome* no somos directores autónomos. Más bien somos *dirigidos* por diferentes actores, incluso por metrónomos invisibles. Somos objetos de una visión panóptica. La cama inteligente con varios sensores lleva a cabo una monitorización continua aún durante el sueño. La monitorización se introduce cada vez más en la vida cotidiana en forma de *Convenience*. Los infómatas, que nos ahorran mucho

¹⁴ *Ibidem* 9; 13.

¹⁵ *Ibidem*, 10;14.

¹⁶ *Ibidem*, 25 ss.; 30 ss.

trabajo, resultan ser eficiente *informantes*, que nos vigilan y controlan. De ese modo permanecemos confinados en la infoesfera»¹⁷.

III. EL PAPEL DEL DERECHO (PENAL) EN UNA SOCIEDAD LÍQUIDA

Después de este esbozo muy sintético sobre las características de la sociedad actual, en esta segunda parte del trabajo quiero ofrecer algunas brevísimas pinceladas y apuntes sobre el papel y función del Derecho en esta modernidad líquida y descorporeizada, consciente de que el tema y las inquietudes que despierta son muchas y solo acaban de empezar. Para ello, me he servido del proceso de la codificación y de un sector del Derecho como es el Derecho laboral (penal).

1. La codificación

En la modernidad líquida se ha superado la idea del Estado-nación de la primera modernidad precisa y paradójicamente por su solidez institucional, el cual no sirve ya a unas fuerzas del mercado emergentes, que han tomado las riendas de un planeta globalizado. El libre mercado se desarrolla dentro de las leyes de la oferta y la demanda y en el marco, deseamos, de la libre y limpia competencia. Este sistema económico reduce o elimina las regulaciones estatales y la licuefacción de la sociedad líquida le ofrece un espacio de juego más flexible y cómodo, que le permite un desarrollo sin precedentes conduciendo así a la emancipación de la economía. No hay que olvidar que este nuevo orden está presidido por una élite minoritaria nómada y extraterritorial, que evita y evade su responsabilidad.

El Derecho en este escenario de disipación del Estado-nación y de la desregularización parece no tener cabida, si se sigue manteniendo una concepción rígida del mismo como un conjunto de normas que sirven para organizar, normativizar, clasificar, en definitiva, establecer códigos de conducta y resolución de conflictos de manera oficial y coercitiva. Pero el Derecho no es ajeno a la modernidad líquida¹⁸ y a su fuerza de atracción, por lo que, como describe García Rubio, «el Derecho de la modernidad presente es cada vez menos sóli-

¹⁷ *Ibidem*, 13-14; 17-18.

¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, ¿Legalidad penal líquida?, *InDret*, 3/2015, 1 ss. sin hacer referencias sociológicas señala que se ha evolucionado a una concepción sustancial del principio de legalidad, dejando entrever la adaptación de este principio a otros nuevos contextos.

do, menos técnico, menos científico, menos autónomo, menos garantista, menos identificable, menos seguro; en nuestro tiempo el derecho se convierte en algo fluido, líquido, amorfo, que se adapta a las circunstancias y que ya no es freno y garantía de nada, sino vehículo de intereses contingentes que fluyen de forma constante y mutan y se adaptan de manera imprevisible»¹⁹. Además, García Rubio añade que «son muchos quienes opinan que no es tiempo de codificar. Un Código es un signo de la identidad de la modernidad sólida, del Derecho sólido, firmemente atado a un territorio y a un poder político centralizado y fuerte. Es la expresión legislativa de la racionalización, la sistematización y la certeza del Derecho; es una forma permanente, o al menos con tendencia a serlo; es la antítesis de la fluidez y del cambio acelerado»²⁰. Desde esta antítesis habría que concluir entonces que la codificación es una herramienta jurídica del pasado sólido.

Actualmente, el Estado no es la única instancia que produce Derecho. El monopolio estatal normativo se ha acabado: Desde una visión macro-legislativa, encontramos legislaciones internacionales como p. ej., en el ámbito europeo, las directivas, con espíritu de una normativización supranacional; desde una visión micro-legislativa, p. ej. las autorregulaciones empresariales se disparan con los llamados programas de cumplimiento o normas de buena conducta²¹. En este estado de cosas, se apunta que esta forma de legislar es cada vez más contingente e insegura; pero, por un lado, no se nos debe escapar que se corresponde a la exigencia de laxitud y flexibilidad de una sociedad temporalmente instantánea y digital²², sobreexpuesta al vértigo de la velocidad, que necesita respuestas rápidas, y que, por otro lado, al fin y a la postre se trata de normas, que imponen cierto orden y seguridad en el marco de la maleabilidad actual exigida.

A otro ritmo completamente diferente se mueve la codificación. Los códigos son producto de la reflexión tranquila y pausada con tendencia a la consecución normativa atemporal y estable. Codificar y crear Derecho plasmado en nuevos códigos ante los cambios meteóricos actuales daría lugar a un envejecimiento instantáneo de la norma y a una continua descodificación²³. Todo ello conduce a concluir que la codificación ya no es la herramienta idónea para

¹⁹ ADC, 2016, 746.

²⁰ *Ibidem*, 746-747.

²¹ GARCÍA RUBIO, ADC 2016, 749, señala las dudas que se ciernen sobre su legitimidad democrática y sin embargo no dejan de prosperar.

²² HAN, Undinge, 2021, 45; No-cosas, 2021, 51: «El tiempo digital se compone de una mera secuencia de presentes puntuales. Carece de toda *continuidad narrativa*. Hace a la vida misma fugaz. Los objetos digitales no nos permiten *detenemos*. En esto se diferencian de las cosas».

²³ GARCÍA RUBIO, ADC, 2016, 748.

regular sectores y vectores de convivencia, que se conformaban por un conjunto de normas generales, racionales y abstractas. Sin embargo, la codificación, en mi opinión, no está periclitada y vaticino que nunca lo estará. Es una necesidad intrínseca de la convivencia humana y del progreso civilizado y racional. La norma ofrece el marco de seguridad que cualquier sociedad, alcance el grado de licuefacción y velocidad que alcance, necesita de modo inquebrantable e irrenunciable. Cuestión distinta es la forma que adopte el proceso de codificación. La esencia de la codificación pervive en el tiempo, la forma de la codificación se adapta al tiempo. La codificación no forma parte de las categorías o instituciones zombis de las que nos hablaba Beck en 1999, ni formará.

Por otro lado, se habla de codificación moderna y se une a la idea de Estado-nación, pero aquella ya existía anteriormente, lo que resalta su autonomía y la desvincula de cualquier forma de organización política. Si repasamos mínimamente la historia de la humanidad observamos que algunas de las recopilaciones normativas estructuralmente ordenadas y siguiendo criterios de racionalidad se han realizado bajo un imperio, como fue el romano, o en el microcosmos de las ciudades-Estado de Mesopotamia y de la antigua Grecia. Una normativa racionalmente estructurada y ordenada es intrínseca y permanente a cualquier tipo de organización social y política evolucionada y es ajena a las modas y los cambios coyunturales. Los códigos existen hoy en una sociedad líquida y digital, formateando sus características para cumplir su función. En este sentido, la codificación actual, en mi opinión, es una manifestación de convivencia simultánea entre lo viejo y lo nuevo, lo sólido y lo líquido. Se observa en esta línea una división en el tratamiento codificado del Derecho: una codificación sólida, principialista, nuclear, que sienta las bases garantistas racionales, ahuyentado de este modo la arbitrariedad de «lo esencial» para preservarlo, y que identifico como códigos nucleares o duros (*hard law*); y una neocodificación líquida, adaptada a los tiempos dúctiles y flexibles, que consiste en una normativa igualmente racionalizada y estructurada, pero eficazmente adaptativa y versátil y que reclama códigos dinámicos de fácil reestructuración y reforma (*soft law*).

La codificación principialista necesita de una elaboración más sesuda y reflexiva, pero ello no tiene que desembocar en procesos largos, aletargados y procrastinadores de una Administración inveteradamente abotargada y alejada de un dinamismo funcional, en algunos casos intencionalmente buscado. Este es el aspecto administrativo que hay que mejorar ostensiblemente y no identificarlo y confundirlo con el proceso de codificación, cuya solidez no implica inmovilidad. Los organismos que deben ocuparse de estos procesos de codificación *hard law* son organismos estatales, como en el caso español, la Comi-

sión General de Codificación²⁴. Tampoco el Estado-nación, que sobrevive y subsiste ha sufrido un apartamiento sustitutivo ante las legislaciones transnacional, internacional o supranacional, que, por el contrario, conviven con la normativa estatal; además en estos ámbitos no ha tenido lugar ningún proceso de codificación global, por ejemplo, en el caso europeo, que haya suplantado las legislaciones nacionales y suplantado la labor codificadora del Estado-nación. Como es sabido la herramienta más recurrente de la legislación supranacional europea es la directiva, que, con objetivos normalmente armonizadores, contiene bases y principios generales²⁵, que más tarde son integrados y desarrollados por los Estados miembros en sus ordenamientos internos, llevando a cabo un proceso codificador.

Complementaria y paralelamente existe y se ha ido desarrollando una normativa dinámica, que evoluciona al ritmo de las necesidades de la sociedad líquida. Un ejemplo de esta flexibilización normativa se encuentra en los códigos de conducta de las empresas o sociedades mercantiles, que reúnen normas administrativas, civiles, medioambientales o laborales. Los protocolos internos sobre riesgos laborales representan un buen ejemplo de este tipo de codificación. Estos protocolos autorregulativos son el desarrollo técnico de la Ley de prevención de riesgos laborales de 1995. La LPRL se alza como el marco normativo general, abstracto y racionalizado: *hard law* y la normativa y protocolos sobre riesgos constituyen la forma de regulación dotada de la suficiente plasticidad para concretar, adaptar y desarrollar las normas generales de obligado cumplimiento: *soft law*. Esta microcodificación autorregulada no es, al contrario de lo que se sostiene por una parte de la literatura, una desregulación, al considerar que el Estado está ausente. Se trata más bien de una regulación diferida y delegada con el objetivo de mantener una normativa eficaz y resolutive. El Estado necesita cada vez más de la cooperación de entes privados para desarrollar normativas funcionales y concretas. La codificación líquida macro y micro se complementan en un ordenamiento adaptado a la sociedad líquida.

²⁴ Esta Comisión en España es víctima de una política ministerial, que la mantiene aletargada. Es un ejemplo más del mal uso de las instituciones infrautilizadas, cuando la gestión pública debería ser el espejo en el que se mirase la gestión privada de cualquier empresa. GARCÍA RUBIO, ADC, 2016, 771 auguraba en su artículo el relanzamiento de la centenaria Comisión al aprobarse nuevos Estatutos en el 2015, incorporar nuevos miembros y renovar secciones. En la sección de Derecho penal no se ha experimentado tal relanzamiento; otra situación se ha vivido en la Sección Primera de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación, aunque tampoco con grandes alharacas, ya que ha sido en el actual 2023, por ejemplo, cuando se ha solicitado a esta Sección que revise una propuesta, nada menos que de 2009, sobre la modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos.

²⁵ GARCÍA RUBIO, ADC, 2016, 755 considera que las directivas europeas no son el producto de una labor codificadora, sino que más bien son ejemplo de una técnica normativa puntual, discontinua y fragmentaria.

La codificación es una necesidad²⁶ y por ello una categoría sólida de cualquier forma política y social, que encaja en una sociedad fluida y veloz, dándole un asidero firme y necesario; pero esa solidez no debe ser confundida con rigidez, ya que el proceso de codificación bien planteado se comporta de modo adaptativo a las necesidades regulativas que demande la coyuntura social. Así, en el momento actual se observa que junto al Estado hay más organismos y agentes que participan en esa labor codificadora, como entes supranacionales por arriba y entes privados por abajo, con lo que el Estado codifica cuando delega y cuando cumple las delegaciones.

2. El Derecho laboral (penal) en la sociedad líquida

En una sociedad posmoderna y líquida la sociedad es de consumidores y no de productores. Lo que importa es la «estética del consumo» y no la «ética del trabajo»: El trabajo se convierte en un medio para ganar dinero para consumir y se torna en un trabajo individualista, que busca el beneficio propio y no colectivo. Se trata de un trabajo privatizado, desregularizado, globalizado y digitalizado, siendo el último paso, que ya se vislumbra, lo que denomino la «emancipación laboral digital», que se conseguirá por medio del desarrollo de la inteligencia artificial, la cual convierte a las cosas en infómatas²⁷, ya que el hombre persigue transferir «sucesivamente sus capacidades mentales a las cosas para que puedan trabajar en su lugar»²⁸.

El futuro laboral, extremadamente sintetizado en el párrafo anterior, descrito por la filosofía y sociología parece muy halagüeño para el ser humano, el cual dejará de trabajar, transformándose de *homo faber* a *homo ludens*. Así, si los infómatas, la IA y las máquinas inteligentes serán las que sustituirán la mano del hombre, el concepto de trabajo y de trabajador cambiará sustancialmente, de tal modo que éste será un sujeto que manejará a la máquina, a los sistemas de IA y a los infómatas a través de su dedo, digitalmente, y de sistemas de programación; no obstante, este mundo «ideal», anhelado de largo por la humanidad, conducirá, en contraprestación, al ser humano (o grupo de seres humanos como entes colectivos) a ser responsable(s) de los daños producidos por el mal funcionamiento de sistemas de IA e infómatas, imputable a su conducta de control y dirección, mientras aquellos no sean autónomos. El trabaja-

²⁶ GARCÍA RUBIO, ADC, 2016, 779 s. en sentido similar.

²⁷ HAN, Undinge, 2021, 17; No-cosas, 2021, 21.

²⁸ *Ibidem*, 20; 16.

dor digital no tendrá un contacto directo con el proceso productivo o creativo realizado por el robot o la IA, podrá estar deslocalizado y, actuará normalmente de modo mediato a través de estos sistemas y máquinas, reservándose una función de dominio de programación y control. El trabajador, en una concepción mucho más individualizada del trabajo, se convierte, desde la perspectiva penal, en un garante controlador del sistema de IA del que sea responsable. El Derecho penal líquido y de la modernidad reflexiva descargará, por un lado, a este "trabajador lúdico" de trabajar en su sentido sólido, pesado, fabril, como operario y, por otro lado, tampoco será víctima o perjudicado del desarrollo de la actividad peligrosa al no estar ya en primera línea. Así, por ejemplo, el trabajador digital no será víctima de un accidente durante el transporte de sustancias peligrosas, si el vehículo es dirigido por IA virtualmente por el trabajador; en cambio sí será responsable de los daños causados, si no ejerció con la debida diligencia su función de garante controlador de la aplicación de IA. La digitalización, en mi opinión, incrementará las posiciones de garante de los trabajadores digitales.

No obstante, aunque el trabajador digital adquiera un estatus de garante en su actividad laboral, seguirá siendo demandante de protección jurídica frente al empleador. Ello me inclina de nuevo a afirmar que el Derecho laboral y el Derecho penal del trabajo no serán estructuras zombis, al ser elementos sólidos que generan estabilidad al sistema. Se transformarán, atendiendo a las nuevas formas de delincuencia laboral como, por ejemplo, los problemas de discriminación laboral en los procesos de selección de personal que causan los algoritmos de la IA²⁹, enfocará la mirada en los departamentos de recursos humanos de las empresas. En el delito contra la seguridad e higiene en el trabajo se tendrá que reelaborar el concepto de peligro para la vida, la integridad física o la salud, al estar el trabajador digital menos expuesto a riesgos directos derivados de la realización de su actividad. También se tendrá que repensar el papel de los sindicatos y reforzar las herramientas de responsabilidad para que los empleadores ausentes y deslocalizados no eviten su responsabilidad penal. En cuanto a las manifestaciones de flexibilización laboral, ya en la última reforma del CP (LO 14/2022, 22-12) se puede intuir la influencia de este fenómeno en la fórmula utilizada en la redacción del art. 311.2: «Los que impongan condiciones ilegales a sus trabajadores mediante su contratación *bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo*»³⁰.

²⁹ DEL ROSAL BLASCO, ¿El modelo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas para los daños punibles derivados del uso de la inteligencia artificial? REDEPEC, 2, 2023, 7.

³⁰ Sin cursiva en el original.

IV. CONCLUSIÓN Y DEDICATORIA

Pese al constante cambio social que vivimos, en este primer acercamiento al tema considero que el Derecho es un elemento sólido y, por ello, necesario para la propia existencia de la sociedad, por lo que asistiremos a transformaciones y reinterpretaciones de principios, instituciones y categorías, pero no se prescindirá del Derecho y menos del Derecho penal en una sociedad necesitada de protección, de seguridad y de anclajes, precisamente estamos asistiendo a una *Overcriminalization*³¹.

Y hablando de lo sólido en una Universidad cada vez más líquida, quiero rendir homenaje y sentido reconocimiento a un ejemplo de solidez, Javier de Vicente Remesal, por su dedicada vida académica y sus concluyentes investigaciones. En lo humano, quiero destacar su trato sencillo, amable, jovial y agradecerle los buenos ratos pasados con él y su mujer en Cartagena de Indias, Punta Iguana y en su casa en Vigo.

³¹ SILVA, InDret, 3/2015, 1.

CAPÍTULO XIV

¡MALOS TIEMPOS PARA EL DERECHO PENAL... Y PARA LAS LIBERTADES! (LA CRISIS DE LEGITIMACIÓN DEL DERECHO PENAL ACTUAL)

JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA

Profesor de Derecho penal de la Universidad Eafit (Medellín, Colombia)
Director de la Revista Nuevo Foro Penal. Patrono de la FICP

Conocí al profesor Javier de Vicente Remesal hace varios años en el seminario de Derecho penal y filosofía del derecho que anualmente organiza la Universidad de León, por intermedio de nuestro común amigo el profesor Díaz y García-Conlledo. Desde aquel entonces hemos coincidido en múltiples ocasiones de nuevo en León, pero también en la U. de Alcalá y en Vigo y Orense, a donde fui invitado por él a impartir conferencias. Desde entonces admiro a Javier en lo personal y en lo académico: en lo primero por su prudencia y generosa amistad; y en lo académico porque en su amplia producción científica logra concretar, como pocos, ese deseable pero esquivo equilibrio entre las funciones de prevención que el derecho penal está llamado a cumplir en aras de la protección de los bienes jurídicos esenciales en la sociedad y los límites que dicha intervención debe respetar en un Estado social y democrático de derecho¹.

¹ Véase, a manera de ejemplo, DE VICENTE REMESAL, J., Utilización ilegítima de vehículos de motor (aspectos fundamentales), Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 1994; El consentimiento en las lesiones causadas por intervenciones quirúrgicas, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 23-19 (2021).

I. EL DERECHO PENAL: ENTRE PREVENCIÓN Y GARANTÍAS

Suele ser mayoritariamente aceptado que la legitimación del derecho penal en un Estado de Derecho viene dada por la satisfacción de dos fines fundamentales²: en primer lugar, el fin de prevención de la lesión y puesta en peligro de bienes jurídicos a través de la amenaza de la pena y, por otra, la prevención de castigos arbitrarios y desproporcionados, en la medida que la intervención penal respete los límites que el propio Estado de Derecho impone: legalidad, lesividad, igualdad, culpabilidad, etc.³. En definitiva, se trata de un modelo de intervención penal cuya legitimidad depende de un difícil equilibrio entre prevención y garantías.

No obstante, en el caso colombiano, un balance de las reformas legales de los últimos años nos muestra una clara prevalencia de las razones de prevención general (negativa) y especial (negativa) por parte del legislador penal, en detrimento de las funciones de garantía asignadas al derecho penal. Ello ha dado lugar a una gran –aunque predecible– paradoja, pues por un lado la mayoría de reformas legales han significado una disminución de las garantías tradicionales del derecho penal, tanto en lo sustantivo como en lo procesal, con el declarado fin de lograr una mayor eficacia y con ello una mayor protección de los bienes jurídicos esenciales para la existencia y funcionamiento de la sociedad; pero sin embargo, esta proliferación legislativa ha implicado a su vez un crecimiento desmesurado del sistema penal, de forma tal que antes que disminuir ha incrementado su ineficacia. Ello ha profundizado la crisis de legitimación del derecho penal, que en su configuración actual se muestra claramente ineficaz, ya no sólo para prevenir los delitos sino también para prevenir las penas arbitrarias y desproporcionadas.

Esta situación no es sin embargo nueva, pues la proliferación legislativa suele entenderse como una de las características más relevantes del Estado colombiano y, así mismo, la abundante producción normativa ha estado siempre acompañada, desde sus orígenes, de una notoria dosis de ineficacia⁴. Pese a ello, ambas características, proliferación legislativa e ineficacia son hoy particularmente evidentes y relevantes en el campo penal, sobre todo teniendo en

² Cfr. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 331-334.

³ Una síntesis en LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 3.ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, 2/1-33, pp. 18-28.

⁴ Véase al respecto, GARCÍA VILLEGAS, M./RODRÍGUEZ, C., *Derecho y sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos*, en *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, editado por GARCÍA VILLEGAS, M. /RODRÍGUEZ, C., Bogotá, Ilsa y Universidad Nacional de Colombia, 2003, p. 42.

cuenta la producción legislativa de los últimos veinte años⁵, a partir de la cual ha tenido lugar una importante reconfiguración del sistema penal colombiano⁶, como respuesta a la endémica crisis de legitimación de una justicia penal a la que le resulta cada día más difícil legitimarse por sus resultados.

II. EL «PUNITIVISMO» COMO CARACTERÍSTICA DEL SISTEMA PENAL COLOMBIANO

Para nadie es un secreto que las constantes reformas legales han supuesto un crecimiento desmesurado del sistema penal, en dos sentidos: por una parte, un crecimiento de la *extensión* punitiva, por medio de la creación de nuevas figuras delictivas; por ejemplo, entre 2008 y la mitad de 2019 se expidieron alrededor de 49 leyes penales, que crearon alrededor de 54 nuevos delitos⁷. Por otro lado, se ha presentado también un notorio incremento de la *intensidad* punitiva, esto es, un aumento de la duración de la pena de prisión, exclusión de beneficios y subrogados penales, introducción de nuevas circunstancias de agravación punitiva, ampliación de las circunstancias en las que se puede incurrir en un delito, fortalecimiento de la detención preventiva, disminución de los derechos del procesado, etc.

Este «punitivismo» ha hecho del *autoritarismo*, esto es, el uso frecuente de la fuerza y de procedimientos autocráticos por parte de los creadores y aplicadores del derecho⁸, otra característica de particular notoriedad en el sistema penal actual, que se hace visible, entre otros, por los siguientes efectos:

a) Debilitamiento del sistema de garantías penales y procesales en general, tanto en el momento de la creación misma de la ley, como en su aplicación práctica⁹, ya no como un mal menor justificado por el modelo de la excepción, sino muchas veces como objetivo abiertamente declarado¹⁰.

⁵ Una aproximación inicial a la legislación penal desde este punto de vista se realiza en SOTOMAYOR ACOSTA, J. O., Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa, en *Nuevo Foro Penal*, 71, 2007, pp. 33-55.

⁶ Ver SOTOMAYOR ACOSTA, J. O., Reformas legales y justicia penal en Colombia: la lenta e imperceptible configuración de un modelo «eficientista», en ARIZA F./ITURRALDE, M./TAMAYO ARBOLEDA, F. L. (coords.), *Perspectivas sociojurídicas sobre el control del crimen*, Bogotá, Uniandes, 2022, pp. 141-164.

⁷ SOTOMAYOR ACOSTA, J. O. Reformas legales y justicia penal, p. 144.

⁸ GARCÍA VILLEGAS, M./RODRÍGUEZ, C., *Derecho y sociedad en América Latina*, 23.

⁹ SOTOMAYOR ACOSTA, J. O., El deterioro de la función de garantía del derecho penal actual, en VELÁSQUEZ, F. et. al. (coords.), *Derecho penal y crítica al poder punitivo del estado: libro homenaje a Nódier Agudelo Betancur*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, U. de los Andes, 2013, pp. 282-286.

¹⁰ Véase algunos ejemplos en SOTOMAYOR ACOSTA, El deterioro de la función de garantía, pp. 282-286.

b) Desbordamiento del sistema judicial y con ello el incremento de la cifra negra de la criminalidad y de impunidad; según la Encuesta de Convivencia y Seguridad Ciudadana realizada por el DANE en 2016¹¹, sólo el 29% de las personas encuestadas que reconoció haber sido víctima de algún delito denunció el hecho, lo cual sitúa el índice de criminalidad oculta en el país en el 71%¹². Según esta misma fuente, en el 2016, el 62,7% de la población informó sentirse insegura. De igual forma, a pesar de lo difícil que es determinar la magnitud exacta de la impunidad en Colombia, las cifras disponibles no son nada alentadoras. Es sabido que la mayoría de hechos delictivos ni siquiera logran superar la fase de indagación preliminar y, más grave aún, delitos de especial relevancia como el homicidio escasamente llegan a ser procesados por el sistema¹³.

c) Colapso del sistema carcelario, que ha convertido la prisión no solo en una pena «cruel, inhumana y degradante», según lo ha corroborado la propia Corte Constitucional¹⁴, sino también cada vez más selectiva, centrada en la criminalidad proveniente de los sectores más vulnerables de la población.

Lo anterior supone una crisis de legitimación del sistema penal de considerables proporciones, pues frente a sus objetivos constitucionales declarados el sistema se muestra y se percibe ineficaz: tanto para controlar la criminalidad como garantizar una respuesta penal justa frente a la misma.

¹¹ Cfr. SOTOMAYOR ACOSTA, J. O., Reformas legales y justicia penal, p. 145.

¹² Por supuesto tales datos no pueden entenderse indicativos de la extensión de la criminalidad real en el país, dadas las limitaciones de este tipo de estudios (al respecto, Sozzo, M., ¿Contando el delito? Análisis crítico y comparativo de las encuestas de victimización en la Argentina, en *Cartapacio de Derecho*, No. 5, 2003, pp. 29-35), pues lo que en realidad muestran son los hechos que la mayoría de la población identifica como delictivos, que suelen ser los delitos tradicionales (homicidio, lesiones personales, secuestro, hurto, etc.); queda al margen el grupo de delitos que protegen bienes jurídicos colectivos (socioeconómicos, medioambientales, etc.) e inclusive hechos tan graves como el desaparecimiento de personas, que no siempre es percibido en sí mismo como un delito. De igual manera, en un país acostumbrado a una permanente presencia de la fuerza pública en las calles y veredas, no resulta descabellado pensar que otra serie de conductas delictivas como la detención arbitraria o el allanamiento ilegal tampoco son valoradas como delictivas por un sector importante de la población, amén de las conocidas falencias de las encuestas de victimización en materia de delitos sexuales, delitos sin víctima, etc.; cfr. SOTOMAYOR ACOSTA, J., O., Las recientes reformas penales, pp. 16-24, en especial, p. 19.

¹³ El Tiempo, Nueve de cada diez asesinatos en Colombia quedan impunes, acceso virtual el 5 de marzo de 2020, <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16115768>.

¹⁴ La Corte Constitucional ha reiterado el estado de cosas inconstitucional de las cárceles colombianas en razón de su masiva y estructural violación de derechos fundamentales, en las sentencias T-153 de 1998, T-388 de 2013 y T-762 de 2015, pese a lo cual ha seguido manteniendo una posición bastante laxa ante el uso indiscriminado de la prisión por parte del legislador. Sobre el tema, ARIZA, L./ ITURRALDE, M., Los muros de la infamia: prisiones en Colombia y en América Latina, Bogotá, Universidad de los Andes, 2011.

III. ¿POPULISMO PUNITIVO EN COLOMBIA?

Se ha convertido casi en un lugar común atribuir la actual configuración del sistema de justicia penal en Colombia a la existencia en nuestro medio de un «populismo punitivo»¹⁵. Según la Comisión Asesora de Política Criminal, el «incremento de la severidad penal no ha sido en Colombia una política criminal reflexiva y consistente para enfrentar desafíos criminales complejos sino que es una expresión de lo que algunos autores conocen como «populismo punitivo», que pretende que la solución a los problemas de impunidad o de incremento de ciertos crímenes debe ser siempre el aumento drástico de las penas»¹⁶.

Aunque en el país suele utilizarse con frecuencia la expresión «populismo punitivo» con contenidos muy diversos, en general, pareciera aludirse a los cambios que en la política criminal de algunos países desarrollados, y de manera especial en los Estados Unidos, se han producido en los últimos años, como consecuencia de una serie de transformaciones sociales que tuvieron lugar en la última parte del siglo xx y que dieron origen a una nueva cultura frente al delito, «más excluyente que solidaria, más comprometida con el control social que con la provisión social y más afín con las libertades privadas del mercado que con las libertades públicas de la ciudadanía universal»¹⁷.

Pero, ¿puede hablarse en Colombia de «populismo punitivo»? ¿Explica dicho concepto la actual configuración de nuestro sistema penal?

¹⁵ Sobre el concepto de «populismo punitivo» véase en mayor detalle a LARRAURI, E., *Populismo punitivo... y como resistirlo*, en *Jueces para la Democracia*, 55, 2006, pp. 15-22; en Colombia, URIBE BARRERA, J. P., *¿Puede hablarse en Colombia de populismo punitivo?*, en *Nuevo Foro Penal*, 78, 2012, pp. 73-82 y TAMAYO ARBOLEDA, F. L., *La limitada capacidad del concepto de populismo punitivo como herramienta de interpretación del sistema penal colombiano*, en *Revista Criminalidad*, 58, 2016, pp. 21-35.

¹⁶ COMISIÓN ASESORA DE POLÍTICA CRIMINAL, *Informe final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*, Bogotá, Ministerio de Justicia y otras, 2012, p. 34.

¹⁷ GARLAND, D., *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona, Gedisa, 2005, p. 314. Según este autor (pp. 39-61), esta nueva cultura del control ha ido configurando un nuevo modelo de intervención penal, cuyas características principales pueden ser entendidas a partir de una serie de indicadores, tales como: declive del ideal de la rehabilitación, resurgimiento del sentido punitivo y degradante de las sanciones penales; cambios en el tono emocional de la política criminal, con el consiguiente aumento del clima punitivo entre la población; el retorno de la víctima, cuyos intereses por lo general son vistos como contrarios a los derechos y recursos destinados al delincuente; privilegio de la protección del público (algo así como una vuelta a la «defensa social»), frente al delincuente; politización y uso electoral (populismo) de los temas referidos al delito y el sistema penal; reinventación de la prisión como medio de incapacitación de los delincuentes; transformación del pensamiento criminológico, que ve ahora el delito como un acto de individuos normales, que por lo tanto no requieren de ningún tratamiento, delegación de las tareas del control del delito (expansión de la seguridad comunitaria); privatización y comercialización del control del delito; surgimiento de nuevos estilos de gestión y prácticas de trabajo en el control del delito, que tiene en cuenta sobre todo los sentimientos de la comunidad.

Si las transformaciones a las que alude Garland son difícilmente trasladables a otros países, inclusive desarrollados¹⁸, hay mayores razones para el escepticismo cuando se trata de analizar una realidad tan diferente como la colombiana¹⁹, donde no podría hablarse del desmonte de un Estado de bienestar que nunca ha existido; y, por la misma razón, tampoco se ha producido ninguna transformación al interior del sistema penal que implique el abandono de las instituciones surgidas del modelo de la resocialización como objetivo de la justicia penal, primero porque tales instituciones nunca han existido y, segundo, porque en el país el ideal resocializador de la pena no ha trascendido las meras declaraciones formales.

Desde otro punto de vista, en opinión de Díez Ripollés²⁰, el surgimiento de una política criminal populista requiere de una serie de condiciones, de las cuales resulta muy difícil hablar en Colombia: a) existencia de consenso social sobre las medidas a tomar; b) confianza en la efectividad de las actuaciones de los poderes públicos; c) ausencia de preocupaciones sociales más importantes; y d) pocos márgenes de arbitrio en la aplicación del derecho.

Con lo anterior no se está afirmando que no se dan en nuestro medio manifestaciones coincidentes con algunos de los indicadores de la nueva cultura del control expuesta por Garland, en especial el referido a la politización y uso electoral del sistema penal; sin embargo, en primer lugar, dicho uso electoral del derecho penal no es, ni mucho menos, algo nuevo en la historia legislativa colombiana²¹; y, en segundo término, la perspectiva del populismo punitivo resulta claramente insuficiente para explicar algunas de las reformas legislativas más importantes de los últimos años²².

Además, atribuir el «punitivismo» actual a las actitudes punitivas de los ciudadanos resulta no solo demasiado simplista respecto de los cambios operados al interior de nuestro sistema de justicia penal, sino, también, una visión muy pobre de la real opinión pública frente al crimen y el castigo, la cual, como bien explica Larrauri, no constituye ningún bloque monolítico²³; además, lo que la investigación criminológica²⁴ demuestra es que el público no

¹⁸ Véase LARRAURI, E., *Populismo punitivo*, p. 18.

¹⁹ TAMAYO ARBOLEDA, F. L., *La limitada capacidad del concepto de populismo punitivo*, pp. 31-33.

²⁰ Díez RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 40-41.

²¹ Así, TAMAYO ARBOLEDA, F. L., *La limitada capacidad del concepto de populismo punitivo*, pp. 26-29.

²² Cfr. TAMAYO ARBOLEDA, F. L., *La limitada capacidad del concepto de populismo punitivo*, p. 33.

²³ LARRAURI, E., *Populismo punitivo*, p. 20.

²⁴ Cfr. VARONA GÓMEZ, D., *¿Somos los españoles punitivos?: Actitudes punitivas y reforma penal en España*, en *InDret*, 1/2009), pp. 1-31; en Colombia, URIBE BARRERA, J. P., *Actitudes de los ciudadanos frente al crimen y al castigo: estudio piloto en la Universidad EAFIT, Medellín*, en *Nuevo Foro Penal*, No. 81, 2013, pp. 232-300.

tiene una opinión precisa sobre el sistema penal: tiende a creer que hay más delitos de los existentes, que son más graves y que las penas son blandas.

En últimas, para lo que sí ha servido la generalización del uso del término «populismo punitivo» ha sido para ocultar (y por ende legitimar) las transformaciones reales del sistema penal colombiano, al atribuir las no a decisiones políticas (que por lo tanto también hubiera sido posible orientar en una dirección diferente) relacionadas con el control de la criminalidad, sino al «clamor popular» o en todo caso a aquello que, supuestamente, la gente desea.

IV. EL «NUEVO» MODELO DE LEGITIMACIÓN: ¡MALOS TIEMPOS PARA LAS LIBERTADES!

Lo cierto del caso es que la cantidad y calidad de las reformas legales penales de los últimos años han sido de una magnitud tan considerable, que en realidad está dando lugar a un «nuevo» sistema penal, o al menos a uno cuyas características no pueden ser explicadas con las herramientas teóricas tradicionales, como tampoco por otras más recientes como el populismo punitivo. Así sucede, por ejemplo, con el hecho de que la mayoría de las reformas legales en materia penal de la última década supone, en mayor o menor grado, la ruptura (o por lo menos el conflicto) con el sistema de garantías penales y procesales que suelen legitimar la intervención penal del Estado constitucional, y que en el caso colombiano aparecen consagradas en la Constitución política. Cuando ello no sucede en unas cuantas leyes aisladas sino como una tendencia que se mantiene durante un largo período, difícilmente dicho fenómeno se podría seguir explicando como un «defecto» de la ley (que requiere por lo tanto otra intervención del legislador para «corregirlo»), sino más bien como una característica del sistema²⁵, cuya legitimación habrá que buscarla necesariamente por fuera de las herramientas conceptuales tradicionales del derecho penal liberal.

Esta ruptura con los principios constitucionales por supuesto no supone ninguna novedad en la legislación penal colombiana, pues, por el contrario, se trata de algo que históricamente ha sido una de sus características²⁶. La novedad de hoy se encuentra en el hecho de que ya no se acude a dichas medidas con fundamento en un estado de excepción o de emergencia que legitima la suspensión de las garantías constitucionales, como medio para superar la si-

²⁵ GARCÍA VILLEGAS, M./RODRÍGUEZ, C., Derecho y sociedad en América Latina, pp. 15 ss.

²⁶ Cfr. GARCÍA VILLEGAS, M./RODRÍGUEZ, C., Derecho y sociedad en América Latina, pp. 38-46.

tuación de «excepción» o de «emergencia»²⁷, por la sencilla razón de que salta a la vista el inconveniente que supone la permanencia en el tiempo de medidas legitimadas por su excepcionalidad y temporalidad. La nueva legislación, por el contrario, parece renunciar desde un comienzo al modelo de la excepción y más bien opta por justificar las funciones que el sistema realmente cumple, como aquellas que debe cumplir. En otras palabras, si hasta ahora el sistema penal ha fracasado en el logro de los objetivos que lo legitiman, como son los de prevención de la comisión de delitos y de castigos arbitrarios e injustificados, el nuevo sistema penal se ha dado a la tarea de readecuar sus objetivos a aquello que efectivamente hace, cómo única forma de mostrarse eficaz²⁸, así ello se realice al costo de renunciar, en mayor o menor medida, al discurso de las garantías y del Estado de derecho.

El cambio en el modelo de legitimación se aprecia en el hecho de que de manera paulatina el sistema se ha ido adaptando a aquello que efectivamente hace; y eso que el sistema penal *es* hoy, se pretende legitimar como aquello que *debe ser*; de ahí que los discursos legitimadores no pretenden ahora ocultar una realidad del sistema penal contraria a sus objetivos declarados, sino mostrarnos dicha realidad como el objetivo deseable o, en todo caso, como la realidad «normal»²⁹, lo cual ha llegado de la mano de un modelo «gerencialista» en las políticas públicas³⁰, que atiende más a la eficiencia, es decir, a la manera de lograr los cometidos, que a la eficacia, esto es, a la consecución efectiva de los fines externos.

Lo anterior se refleja en una marcada tendencia al abandono de las doctrinas de la disuasión general y la rehabilitación como criterios de legitimación de la intervención penal y la consolidación de su sustitución por criterios abiertamente tecnocráticos o «eficientistas» como el de la prevención especial negativa (incapacitación) u otros meramente simbólicos como el de la prevención general positiva (integración), cuya característica común es la de mostrar aquello que el sistema *hace* como aquello que *debería hacer*. En ambos casos se trata de mostrar la realidad existente como una realidad «deseable» o en

²⁷ Sobre los modelos de la «emergencia» o «excepción» penal en Colombia, véase a PÉREZ TORO, W. F., VANEGAS YEPES, A. L., ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C., Estado de derecho y sistema penal. La emergencia permanente de la reacción penal en Colombia, Medellín, Dík e Instituto de Estudios Políticos de la U. de Antioquia, 1997; e ITURRALDE, M., Castigo, Liberalismo autoritario y justicia penal de excepción, Bogotá, Siglo del Hombre y Universidad de los Andes, 2009.

²⁸ Cfr. SOTOMAYOR ACOSTA, J. O., Reformas legales y justicia penal, pp. 146-148.

²⁹ Cfr. BARATTA, A., Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal, en Poder y Control, 0, 1986, p. 84.

³⁰ Con amplitud, BRANDARIZ GARCÍA, J. A., El gobierno de la penalidad. La complejidad de la política criminal contemporánea, Madrid, Dykinson, 2014, pp. 116-117; en general, pp. 107-135.

todo caso «normal», bien porque se muestre como moral o políticamente aceptable que a las personas se les mantenga encarceladas, aún sin condena, o se les condene a las largas penas de prisión (a sabiendas de que ello implica la imposibilidad de que se reintegren luego a la sociedad), pues al fin y al cabo de dicha manera se les incapacita para delinquir; o porque el mensaje sea el de que se deben castigar los delitos como única manera de mantener el orden social y la confianza en el funcionamiento de dicho orden, sin que en el fondo importe realmente el «orden» de que se trate. ¡Malos tiempos para el derecho penal... y para las libertades!

CAPÍTULO XV

LA DOGMÁTICA FRENTE A LAS LEYES PENALES TELEVIRTUALS

E. RAÚL ZAFFARONI

Profesor (catedrático) Emérito de Derecho penal. Universidad de Buenos Aires. Dr. h.c. mult. Ex ministro de la Corte Suprema de la Nación Argentina. Ex juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

I. PASOS A SEGUIR

Nos ocupamos en estas páginas de un fenómeno en expansión que requiere atención de la dogmática jurídico penal en estrecho contacto con la del derecho constitucional. Renunciamos a una definición previa –siempre tautológica, como toda definición– porque aún suele observarse como manifestación de otros fenómenos conocidos. Para identificarlo seguiremos el camino de (a) exponer un claro ejemplo, que es el caso de las leyes penales televirtuales argentinas, (b) señalar su particularidad para separarlo de otros procesos ya conocidos, (c) arribar a un concepto positivo con el aporte de la sociología de la comunicación, que explica su identificación como *legislación televirtual* y, por último (d) señalar los graves problemas que plantea a la dogmática y esbozar una esperanzada respuesta.

II. UNA QUIEBRA HISTÓRICA

Comenzando por los hechos del ejemplo argentino, lo primero que llama la atención es su ruptura con la tradición codificadora precedente. El código

penal es un texto sobrio y escueto, sancionado en 1921, después de una larga elaboración que, desde mediados del siglo pasado, cuando se clausuró la influencia del positivismo criminológico, permitió una intensa labor dogmática. Ese texto conserva la matriz liberal, heredada de su predecesor de 1885, que fue el primer código sancionado por el Congreso de la Nación, en versión un tanto desdibujada –en especial después de una reforma de 1903– del llamado *código Tejedor*, vigente en función de leyes provinciales e inspirado en el código de Baviera de Feuerbach. En esta esforzada labor codificadora intervinieron los más reconocidos penalistas de cada momento histórico.

Salvo una reforma en cuanto a la pena de relegación y a la interrupción de la prescripción, el código se mantuvo casi inalterado hasta los años sesenta del siglo pasado, en que sufrió una fugaz reforma masiva durante un gobierno *de facto*, rápidamente derogada por el gobierno constitucional de 1963. En 1968 le introdujo reformas otro régimen *de facto*, conforme al proyecto de tres profesores de la materia, discutible pero no incoherente. El gobierno constitucional de 1973 derogó la reforma, la dictadura de 1976-1983 la restableció y el gobierno constitucional de 1983 volvió a derogarla. Ninguna reforma fue improvisada, aunque fuesen impuestas por regímenes *de facto*; en todas ellas intervenían penalistas, en general por encargo del Poder Ejecutivo que, en tiempos constitucionales, remitía el proyecto al Congreso de la Nación¹.

III. UN NOTORIO CAMBIO CUANTITATIVO

Para la sanción del código de 1921 se nombró en la Cámara de Diputados una Comisión Especial integrada por diputados de los partidos radical y socialista, presidida por el jefe del bloque conservador, opositor al gobierno. En el Senado pasó por la Comisión de legislación general que, entre otros, integraban un destacado constitucionalista y el primer senador socialista de América.

Dado que de las presidencias de las Comisiones en el Congreso depende la asignación de funcionarios de planta o por contrato, los diferentes bloques partidarios se disputan esas funciones. Para satisfacer esta distribución, en las últimas décadas se crearon nuevas Comisiones Permanentes, por lo cual en ambas Cámaras se establecieron Comisiones de Legislación Penal. Es regla de toda burocracia que justifique su existencia con producción y, por ende, las

¹ Esta historia detallada y los textos en ZAFFARONI, E. R./ARNEDO, MIGUEL A., *Digesto de Codificación Penal Argentina*, Buenos Aires, 1996.

nuevas Comisiones producen leyes penales. De este modo, el carácter excepcional de la materia penal empalideció hasta casi desaparecer, puesto que con la existencia de cuerpos permanentes su legislación se ordinizó.

Así es que, en lo que va del presente siglo, la producción de leyes penales aumentó en forma asombrosa. Desde el año 2000 se sancionaron las siguientes leyes de reformas al código penal: 25.297, 25.742, 25.767, 25.815, 25.882, 25.886, 25.890, 25.892, 25.893, 25.928, 25.930, 25.990, 26.087, 26.679, 26.683, 26.705, 26.733, 26.734, 27.304, 27.347, 27.352, 27.375, 24.660, 27.436, 27.455 y alguna otra más reciente. Las leyes penales especiales, las de reformas al código, las procesales penales y las leyes con disposiciones penales, recogidas en los apéndices de leyes complementarias de las habituales ediciones comerciales del código, son más de ciento veinte en el mismo tiempo.

IV. EFECTOS DESCODIFICADORES

Es sabido que la codificación moderna, que concentra las normas de cada rama jurídica en una única ley, inspirada en el enciclopedismo, aspira a facilitar su aplicación e interpretación. Con este propósito, cada código penal estructura su sistemática de modo particular, con su propia arquitectura, que permite admirar cierta simetría concordante con el modelo político del respectivo estado. En este sentido, se ha ponderado cierta estética jurídica –como lo hacía Radbruch– no solo en cuanto a la teoría, sino también a la legislación. Así, es posible señalar cierta impresión común entre el Código de Rocco y la frontalista arquitectura fascista, el código de Baviera de Feuerbach con cierto *art nouveau* o el moderno código austríaco con construcciones de líneas rectas, vidriadas y con elevadores externos. Pero más allá de la estética, la ingeniería normativa de un código hace a la seguridad de respuesta que es indispensable para la seguridad jurídica, aunque no la agote.

Por cierto, el código penal argentino evoca hoy el aspecto de un edificio bombardeado, en el que apenas pueden distinguirse los restos de las vigas de su original sobriedad arquitectónica. Sin perjuicio de reconocer que un código centenario requiere reformas, sobre todo como resultado de los cambios tecnológicos, lo cierto es que las introducidas masivamente en el aluvión de leyes de las últimas décadas distan mucho de lo impuesto por esta obvia necesidad.

Estas leyes no fueron remitidas al Congreso de la Nación por el Ejecutivo como colegislador y, por ende, no fueron proyectadas por especialistas, sino elaboradas en el seno de las Comisiones, a cuyas sesiones asisten asesores, que suelen ser personas de la intimidad de los legisladores. Con frecuen-

cia, las reformas son impulsadas por entes o grupos de personas con diferentes intereses sectoriales, que también presionan a través de los medios masivos de comunicación.

En la actualidad el código penal conserva su nombre, pero tiende a asumir la vieja forma romana y colonial de recopilación de leyes de difícil compatibilización y más que dudosa constitucionalidad y convencionalidad, lo que posibilita una amplia arbitrariedad interpretativa que no garantiza seguridad de respuesta, máxime en un Estado federal que carece de instancia casatoria nacional unificadora de jurisprudencia.

A nuestro efecto no es conducente analizar en detalle estas reformas al código, aunque cabe advertir que son notorios sus defectos técnicos, en especial reiteraciones, casuismo y límites típicos difusos. La tendencia general es *punitivista*, o sea, a aumentar el número de tipos y elevar las escalas penales. Respecto de esto último, el código de 1921 había optado por mínimos penales bajos para evitar establecer tipos privilegiados, que casi no existen en su texto. Al aumentar los mínimos sin crear tipos privilegiados, se tiende a violar la proporcionalidad.

Para nuestro objetivo es suficiente detenernos en las bombas que han quebrado las vigas centrales de la construcción de 1921, que son las que interesan como ejemplar del fenómeno que procuramos caracterizar. En este sentido son fundamentales e innegables los daños causados en la estructura sistemática del código en los siguientes aspectos: (a) Contaminación de la opción por la fórmula sintética de cuantificación de la pena. (b) Introducción de la pena privativa de libertad efectivamente perpetua. (c) Elevación del máximo de la pena privativa de libertad temporal a cincuenta años. (d) Posible eliminación del dolo eventual.

V. CONTAMINACIÓN DE LA FÓRMULA SINTÉTICA DE CUANTIFICACIÓN DE LA PENA

La fórmula de cuantificación de la pena del código de 1921 fue el resultado de una cuidadosa elaboración en su momento², indicando el doble crite-

² Artículo 41: A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta: 1.º La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados; 2.º La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El

rio de la intensidad de la lesión jurídica y de la culpabilidad. Al optar por esta síntesis, abandonaba el sistema de tabulación de agravantes y atenuantes de los viejos códigos.

En el año 2000 la ley 25.297 introdujo el artículo 41 bis, disponiendo que la escala penal se aumente en un tercio del mínimo y del máximo cuando se emplea un arma de fuego; en el mismo año la ley 25.767 agregó un artículo 41 quater que agrava en un tercio la pena si en el delito interviniese un menor; en 2011 la ley 26.734 incorporó el 41 quinquies, que duplica la pena cuando se tratase de un caso de terrorismo, amedrentamiento o para obligar a las autoridades a realizar o abstenerse de algún acto.

Estas reformas tampoco optan por el viejo sistema de tabulación, sino que se contamina la fórmula sintética con agravantes aisladas, cuya acumulación puede llegar a un aumento del 166% del mínimo y del máximo de la pena de la correspondiente escala legal, en el caso de que se diese una protesta que exija un acto u omisión de autoridad, en que participe un menor y que se haya amenazado con un arma de fuego. Si bien se dispone en el artículo 41 bis que el máximo no puede exceder del máximo de la especie de pena de que se trate, esta disposición no se repite en los casos de los artículos 41 quater ni quinquies, pudiendo entenderse que puede superarlo. La pena de prisión temporal del código de 1921, ahora está establecida en cincuenta años, con lo cual la disposición del 41 bis la habilitaría hasta medio siglo y podría superarse en el caso de los otros dos artículos.

En el caso del artículo 41 quinquies, como su redacción se presta a la punición de cualquier protesta pública, la reforma vigente agrega que las agravantes no corresponden cuando los hechos *de que se traten* *tuvieren lugar en el ejercicio de derechos humanos y/o sociales o de cualquier otro derecho constitucional*. Dejando de lado el plural *traten* y el *y/o*, este párrafo importa una curiosidad legislativa sin precedentes.

La contaminación del artículo 41 original se completó en 2003 con la ley 25.742, que introdujo un artículo 41 ter, esta vez disminuyendo la escala penal a la del delito tentado en beneficio de los llamados *arrepentidos*. No conforme con esto, en 2016 la ley 27.304 sustituyó este artículo por el vigente, que es mucho más extenso, farragoso y casuista, pues regula minuciosamente los delitos en los que se admite el supuesto *arrepentimiento* y los efectos que debe tener la información o cooperación.

juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

VI. INTRODUCCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EFECTIVAMENTE PERPETUA

La llamada pena perpetua del código de 1921 admitía la libertad condicional a los veinte años de ejecución. Si bien el artículo 14 disponía no admitía la libertad condicional a reincidentes, en el caso de multireincidencia había un régimen especial, por lo cual cabía entender que en la legislación penal argentina no había una pena realmente perpetua.

En este momento hay una situación legal contradictoria, porque en 2004 la ley 25.892 sustituyó el artículo 13 originario, aumentando el plazo para la libertad condicional a treinta y cinco años, agregando también diez años más de sometimiento a vigilancia. Pero en 2017 la ley 27.375 excluye de la libertad condicional a los condenados por un listado de delitos entre los cuales se hallan los homicidios calificados. En consecuencia, ahora el artículo 13 vigente regula la libertad condicional en caso de pena perpetua, pero el artículo 14 la prohíbe, y ambos están vigentes.

Dejando de lado la racionalidad de que se excluya la posibilidad de libertad para una lista de delitos, se da otra curiosa contradicción llamativa. La ley 27.375 de 2017 prohibió la libertad condicional en caso de *homicidios agravados previstos en el artículo 80 del Código Penal*. Pues bien, la ley 26.600 de 2007 (*Ley de implementación del Estatuto de Roma*), de modo bastante discutible impone penas perpetuas a los autores de los delitos allí tipificados cuando hubiera resultados de muerte. Como estos delitos no se encuentran en el listado del vigente artículo 14 según el texto de la ley 27.375, resulta que un homicidio agravado del artículo 80 no admite libertad condicional y, por tanto, su pena es efectivamente perpetua, mientras que un genocidio la admitiría a los treinta y cinco años conforme al también vigente artículo 13. Esto salvaría –de modo irracional, por cierto– la antes señalada contradicción entre los artículos 13 y 14 vigentes, beneficiando con libertad condicional a los autores de crímenes contra la humanidad.

Al margen de lo señalado, la introducción de la pena privativa de libertad efectivamente perpetua en la legislación argentina es problemática. El código de 1921 abolió la pena de muerte del código de 1885 y, sin embargo, no previó una pena efectivamente perpetua en sustitución, lo que habla de su prudencia. La ley 26.394 de 2008, por su parte, derogó el Código de Justicia Militar, que conminaba la pena de muerte, con lo que la Argentina pasó a ser por completo abolicionista de esta pena.

El Estatuto de Roma establece la pena máxima a los treinta años (art. 77) y la perpetua únicamente *cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado* (art. 77), o sea, en un genocidio demasiado grave, lo que es mucho decir. Pero incluso en ese caso extremo prevé la revisión a los veinticinco años y ulteriores revisiones periódicas cada cinco años (art. 110), o sea, que la pena perpetua del Estatuto de Roma tampoco lo es inexorablemente.

Es obvio que el genocidio es el más grave de los delitos y, más aún, un genocidio particularmente grave. No obstante, según estándares internacionales no se conmina al genocida con una pena realmente perpetua. Además, el derecho internacional americano dispone que *las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados*, en tanto que en el mundial se ordena que *el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados*³. Es obvio que resulta imposible readaptar o reinsertar socialmente a un muerto.

VII. ELEVACIÓN DEL MÁXIMO DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD TEMPORAL A CINCUENTA AÑOS

El artículo 55 del código establecía para el concurso real una pena resultante de la suma de los máximos conminados para todos los delitos concurrentes, sin que excediese el de la especie de pena de que se trate, que para la prisión temporal era de veinticinco años. El código de 1921 se había inspirado en el código holandés y, por afán de brevedad, omitió otro límite establecido en su modelo: tampoco mayor del doble del máximo mayor. De este modo, la fórmula originaria violaba la legalidad de la pena, pues la escala para una cadena de hurtos simples era de un mes a veinticinco años, pese a lo cual la jurisprudencia siempre respetó la proporcionalidad. Pero en 2004 la ley 25.928 elevó el máximo a cincuenta años, o sea que, en la misma cadena de hurtos simples, la escala penal sería de un mes a cincuenta años, con lo que extremó la violación a la legalidad de la pena, sin contar con que la esperanza de vida en el país oscila alrededor de setenta y cinco años.

³ Artículo 5.º, inc. 6.º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 10.º, inc. 3.º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU.

VIII. POSIBLE ELIMINACIÓN DEL DOLO EVENTUAL

Por presión de un grupo de víctimas de delitos de tránsito, en 2017 la ley 27.347 agravó las penas para el homicidio y las lesiones culposas, pero agregó un artículo referido en especial al homicidio culposo de tránsito, farragoso y con un criterio reglamentarista extraño al código y a la buena técnica, que agrava más todavía la pena para el homicidio culposo en tránsito y, sin explicación alguna, incluye como una de las hipótesis graves la *culpa temeraria*.

Desde el código de Feuerbach, se sabe que la *culpa temeraria* reemplaza al dolo eventual, o sea que en los delitos de tránsito se excluiría el dolo eventual y operaría solo la agravación por *culpa temeraria*. El desconcierto ante esta disposición es enorme, porque no sería razonable mantener la posibilidad de dolo eventual para los demás homicidios y excluirlo en los cometidos en el tránsito, que resultarían privilegiados en relación al resto. Dado que el sobrio código de 1921 no define al dolo, para evitar esa consecuencia puede interpretarse que la ley 27.347 hizo desaparecer al dolo eventual, pero los otros homicidios carecen de una análoga previsión agravante en caso de *culpa temeraria*. La contradicción parece insalvable y, desde la perspectiva política criminal, totalmente inexplicable.

IX. ORIGINALIDAD DEL FENÓMENO

El ejemplo expuesto no responde a las características de las llamadas campañas de ley y orden (*law and order; Gesetz und Ordnung*). Solo las reformas de 2004 resultaron de una campaña impulsada por un personaje histórico que explotó su victimización para saltar sin éxito a la política. Tampoco se trata de violaciones a la regla de *limitación máxima de la respuesta contingente*⁴, puesto que no fueron precedidas por una conmoción de la opinión pública ni por situaciones de emergencia. Ni siquiera es posible atribuirlo a un *populacherismo* (*völkisch*) en procura de inmediato rédito político, pues por lo general la opinión pública no presta atención a la gran mayoría de estas reformas ni los medios las difunden. Como máximo puede decirse que buscan evitar estigmatizaciones de los medios hegemónicos. Tampoco puede identificarse como *derecho penal simbólico*, porque no tiene por objeto llamar la atención sobre conflictos particulares.

⁴ Sobre ella, Alessandro BARATTA, Principios de Derecho Penal mínimo (Para una teoría de los Derechos Humanos como objeto y límite de la ley penal), en DP, 1987, pp. 623 ss.

La opinión superficial que atribuye el fenómeno a ideologías autoritarias carece aún más de sentido, puesto que responden a un *punitivismo* que no se sustenta en ningún sistema de ideas. Es innegable la coherencia de la ideología nazi sobre mito racial, la del fascismo en base al mito romano, la del estalinismo con la dictadura del proletariado y, aunque menos, incluso la de la *seguridad nacional* con su alucinación bélica, pero no es posible hallar estas coherencias como programa político en estos brotes de producción en serie de reformas. No podemos confundir una ideología con una suerte de idolatría *punitivista* de supuesto *sentido común*, que cree en la omnipotencia del poder punitivo.

Por ende, se trata de un fenómeno nuevo, que no puede ser explicado por analogía con otros, no menos peligrosos por cierto, pero diferentes. *Lo que sin duda lo caracteriza, es la astronómica distancia entre la elaboración técnica de la ciencia jurídica y la catarata de reformas caóticas carentes de racionalidad técnica y de funcionalidad político criminal.*

X. LA REVOLUCIÓN COMUNICACIONAL QUE NO ADVERTIMOS

El abismo que se abrió entre lo técnico y los espasmódicos brotes de reformas no es explicable sin advertir que los tiempos han cambiado: la economía se *financiarizó* y subordina a la política; el actual colonialismo tardío es financiero; el ídolo no es la raza ni el estado, sino el mercado; sus teóricos no son filósofos, sino economistas convertidos en panfletarios políticos. La idolatría del mercado encubre un orden mundial peligroso para la vida humana y se vale de nuevos medios de comunicación que imponen contenidos conforme a la constatación de McLuhan: *el medio es el mensaje*.

Hace cuarenta años que Neil Postman advirtió que la comunicación mediante la letra impresa estaba siendo desbancada por la comunicación televisiva⁵. Su observación, si bien centrada en los Estados Unidos, fue profética y con los años ha cobrado validez mundial. A la distopía del Gran Hermano de Orwell, controladora mediante vigilancia y censura totalitarias, se contraponía la de Huxley, que temía un control al que nos sometiésemos con gusto. Postman se inclinaba por la segunda y, siguiendo a McLuhan, afirmaba que cada medio incide y condiciona el contenido. Así, repasaba las sucesivas revolucio-

⁵ Neil POSTMAN, *Amusing Ourselves to Death: Public Discourse in the Age of Show Business*, Viking, 1985.

nes comunicacionales, cuando de la oral se pasó a la comunicación escrita, de esta a la letra impresa y, finalmente, a la televisiva, que elimina el discurso, la lectura de libros, la discusión racional, para imponer el predominio de las imágenes en forma de continuo entretenimiento o diversión.

El título del libro de Postman *–divertirse hasta la muerte–* sintetiza la actual *realidad televirtualmente creada*: todo es entretenimiento, la imagen televisiva no resiste más de un minuto y, aunque muestre las catástrofes y los crímenes más aberrantes, se interrumpe con publicidades de quesos, automóviles, bebidas, medicamentos y viajes, sucedidas con información de amores y desamores de famosos. Al asumir como *realidad* la discontinua, instantánea, inconexa y contradictoria información televisiva y electrónica de modo divertido, se condiciona al emisor y al receptor a abandonar el hábito de la discusión racional. Lo que importa es la forma del emisor, no lo que dice: hace muchos años que Nixon perdió en un debate presidencial porque no se había afeitado.

Lo señalado por Postman se potenció con los teléfonos celulares y su sensación de mayor libertad, la digitalización y el culto a los datos, las redes, el *twitter*. Como señala Byung-Chul Han, los medios virtuales, los *big data* y la inteligencia artificial operan por debajo del nivel de consciencia: *el régimen de información se apropia de los estratos prereflexivos, pulsionales y emotivos del comportamiento, que preceden a las acciones conscientes. Su psicopolítica basada en datos se insinúa en nuestro comportamiento sin que nos demos cuenta de esta intromisión*⁶.

Como *el medio de comunicación es el mensaje*, cada medio condiciona una *Weltanschauung* particular; la televirtualidad condiciona la de una continuidad divertida en que los hechos más graves se banalizan como puntos de una cadena inconexa de entretenimiento. La *realidad* no es lo que sucede, sino un cúmulo de datos de información divertida condicionada por los nuevos medios. La letra impresa se relega a una minoría de intelectuales aburridos –entre ellos los penalistas– que dan largas explicaciones a quienes carecen de paciencia para escuchar y de entrenamiento para comprender. En la propia docencia universitaria se observa la dificultad para leer y comprender textos largos. Los políticos comunican con *twitter* y tienen asesores de imagen.

El año 1984 de Orwell pasó y solo algunos autoritarismos incautos quemaron libros; ahora nadie se toma la molestia de hacerlo, pues simplemente se dejan de lado. Las redes, por su parte, contribuyen a desintegrar la

⁶ BYUNG-CHUL HAN, *Infocrazia. Le nostre vite manipolate dalla rete*, Einaudi, 2023, p. 15.

sociedad en grupos que se alucinan victimizados por cualquier conspiración insólita. Huxley estaba en lo cierto, pues la dominación se ejerce dando la sensación de la más completa libertad: nos divertimos libremente mientras somos dominados.

La divertida comunicación *televirtual* permite que líderes políticos mientan impunemente, que por redes y televisores se difundan las más insólitas noticias falsas (*fake news*). Las democracias se hallan en grave riesgo, no solo por la monopolización de la comunicación incompatible con cualquier democracia plural, sino más aún por el condicionamiento epistemológico impuesto por los nuevos medios.

Pensemos que, en medio de la pandemia, el *medio televirtual* permitió al jefe de Estado del país más extenso de Sudamérica mentir acerca de lo que estaba sucediendo, para privilegiar la economía sobre la vida de los habitantes, causando dolosamente la muerte de varias decenas de miles de personas. Nos equivocamos si creemos que sus disparatadas mentiras fueron convincentes, pues su eficacia respondió a dos razones diferentes: por un lado, a su imagen de seguridad, su postura avasallante, la contundencia de sus afirmaciones, su mirada a las cámaras; por el otro lado, un público entrenado por la televisión y las redes para receptor versiones conspirativas, por desmedidas que fueren.

La actual comunicación televirtual envuelve a todos y, en el fenómeno que nos ocupa, también a los legisladores, que son su público y sus partícipes, sus emisores y también receptores. No es correcto pensar que la explicación del fenómeno se agota en función de la regla de que ninguna burocracia se suicida, pues para sobrevivir bien podría producir algo más inocuo y hasta positivo. Si inventan este bombardeo al código penal es porque también están sometidos al dominio televirtual de la distopía de Huxley. Las reformas son parte del entretenimiento que, por cierto, en sí mismo tiene valor positivo, pues no todo es drama en la vida social, pero el problema surge porque el medio ha hecho del drama un entretenimiento.

La superficialidad, la banalización, la oquedad discursiva en forma de diversión continua, es la clave con que la sociología de la comunicación nos permite una mayor aproximación al fenómeno de abierto rechazo al discurso racional en la legislación penal. *Es la sociología de la comunicación la que nos brinda la explicación de este nuevo fenómeno de creciente caotización de la legislación penal.*

XI. LA ENCRUCIJADA: ¿LA DOGMÁTICA PENAL ASUMIRÁ O ELUDIRÁ SU RESPONSABILIDAD?

En tiempos de comunicación televirtual, todo indica que un libro no es la respuesta adecuada a un *twitter*, pero la dogmática penal se expone en libros que interpretan las leyes penales, al tiempo que el material a interpretar se vuelve contradictorio, oscuro, incoherente e inestable por su permanente cambio.

No obstante, como la dogmática tiene por objetivo práctico brindar sistemas que permitan una jurisprudencia coherente y previsible, es más que obvio que no puede soslayar que se dirige a jueces que sentencian en estados de derecho que no son meramente *legales*, sino que se trata de *estados constitucionales de derecho*, es decir, que también les incumbe controlar la constitucionalidad de las leyes o llamar la atención al órgano que ejerce ese control, según la forma de control constitucional establecida.

El fenómeno de las leyes penales televirtuales reclama una especial atención en cuanto a esta última función. Es por demás grave que los legisladores se alejen de la racionalidad constitucionalmente impuesta como implícita en el principio rector de todo estado constitucional de derecho, en el que a ninguna autoridad le es permitido ejercer su función de modo arbitrario e irracional sólo porque dispone del poder.

En el ejemplo descripto, ante todo hallamos claras violaciones a los principios de *ultima ratio*, de proporcionalidad, de humanidad, de legalidad estricta, de personalidad y de respeto a la dignidad humana. Pero en general –y sobre todo– aparece violada la primaria exigencia de mera racionalidad funcional, o sea, la que impone en cualquier actividad que el medio sea idóneo para alcanzar el objetivo que se propone. Tomando la clásica distinción de Merton entre las funciones manifiestas y latentes de toda institución⁷, es obvio que las leyes penales televirtuales no tienen en cuenta las funciones latentes o reales, ni siquiera da la impresión de que nadie haya pensado en ellas, pues la inadecuación a criterios mínimamente razonables de política criminal salta a la vista.

Las leyes penales televirtuales, como máximo, responden a un pretendido *preventivismo de sentido común*, algo así como que la mayor amenaza de pena aumenta la prevención porque provoca un mayor efecto disuasorio, lo que es sabido que, en especial en los crímenes más graves, es absolutamente falso. Es ridículo pensar que, antes de cometer un delito aberrante, el agente consultará el listado de penas del código como una suerte de lista de precios,

⁷ Robert K. MERTON, *Teoría y estructura sociales*, México, 1970, pp. 71 ss

para saber cuánto le costará su injusto y, en caso de considerarlo demasiado caro, desistirá de cometerlo. Solo el constructo del supuesto *homo economicus* procedería de esta forma.

En la elaboración de estas leyes para nada se toma en cuenta el efecto deteriorante y multiplicador de la prisionización por delitos menores, desaconsejada desde los tiempos de von Liszt. Tampoco parecen contar los datos reales de los altos porcentajes de presos sin condena ni la degradación reproductora de las cárceles superpobladas. Los efectos paradójales de la función latente o real de estas leyes, o sea, lo que puede señalarse como su irracionalidad político criminal, resulta palmaria, al tiempo que el fenómeno de expansión del derecho penal, observado en casi todo el mundo como creciente multiplicación de tipos penales, alcanza con las leyes televirtuales una extensión sin precedentes, que se presenta con la perspectiva de una progresión al infinito.

En claro que cada una de estas reformas se limita a enviar un mensaje o recado, conforme al cual el legislador se manifiesta preocupado por los mismos conflictos que preocupan a la población, sea por su magnitud real o por la alarma televisiva. De este modo se responde con una ley penal a cada problema, cuando es bastante claro que nadie elige democráticamente a los legisladores para que envíen mensajes o recados de consuelo que testimonien su preocupación por los problemas, sino para que intenten resolverlos en forma real y efectiva. Se trata de una suerte de *legislación de mensajería* en el mejor de los casos y, en el peor, de la provisión de falsas soluciones, incluso paradójales, en total ausencia de soluciones eficaces. Es poco cuestionable que las leyes penales televirtuales venden ilusiones.

Es alarmante que la legislación penal de la democracia opere en forma contradictoria con las premisas más básicas de la convivencia democrática, que los legisladores democráticamente electos, en lugar de sancionar leyes que tiendan a resolver los conflictos, se dediquen a destruir la seguridad jurídica descodificando la legislación penal con reformas que violan elementales principios constitucionales y el del propio estado de derecho, remitidas a la población en forma de recados de acompañamiento y consuelo con sus preocupaciones. No es menos alarmante que, a décadas de democracia, tengamos un código penal bombardeado, virtualmente destruido, de un modo que ni siquiera las dictaduras y los autoritarios regímenes *de facto* de nuestra accidentada historia política lo habían hecho.

Este fenómeno desafía frontalmente a la dogmática jurídico penal que, hasta el momento, al menos en el caso del ejemplo expuesto, no ofrece una respuesta adecuada a la gravedad del problema. Es claro que no podría propor-

cionar una respuesta única, porque cada reforma presenta particularidades propias, pero en general, la correcta actitud que se le impone es la de un indispensable y urgente reforzamiento de la *constitucionalización del derecho penal*. No basta con enunciar en nuestros manuales los principios constitucionales, sino que se trata de extremar y ajustar al máximo la exigencia del estricto respeto y sometimiento de la ley penal a las prescripciones de las normas y principios de máxima jerarquía nacionales e internacionales, poniendo especial énfasis en el de no regresión en los casos en que fuesen de *unmittelbare Drittwirkung*, sino de aplicación progresiva.

A este respecto es menester hacer notar que, en la medida en que la dogmática penal agudice su tendencia hacia el reduccionismo normativista, se inutilizará como instrumento para el indispensable y urgente reforzamiento máximo del control de constitucionalidad y convencionalidad de las leyes televirtuales, pues el normativismo se maneja con las funciones manifiestas o declaradas de las leyes, pero no toma en cuenta las reales o latentes. Es obvio que las funciones manifiestas en buena medida no son objetables, porque declaman siempre mayor protección de bienes jurídicos, al menos cuando logran superar abstracciones mediáticas como la *seguridad pública* que, por su manifiesta o tácita inclinación hacia el lenguaje bélico, se acerca peligrosamente a la vieja *seguridad nacional* de triste memoria.

Si la dogmática penal se limitase a los objetivos declarados en el marco de la limitada teoría del conocimiento propia del normativismo, dejaría avanzar libremente al fenómeno apuntado. En tal caso, contaría con la ventaja de no colocar en posición conflictiva a los penalistas frente a los legisladores –pues no sostendrían la inconstitucionalidad de esas leyes– ni tampoco a los jueces, que no serían invitados a declararla y dispondrían de un argumento fuerte para no hacerlo.

Confiamos en que este no sea el triste destino de la dogmática penal frente al fenómeno de las leyes televirtuales, porque implicaría la confesión del fracaso de la dogmática y, al mismo tiempo, una auténtica traición a la memoria de todos los cultores de nuestra disciplina que, en la larga historia de la codificación penal, han dedicado sus mejores esfuerzos a dotarla de racionalidad constitucional.

II. DERECHO PENAL. PARTE GENERAL:
TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO

CAPÍTULO XVI

ALGUNAS IDEAS SOBRE EL *COMPLIANCE* EN EL MARCO DE LA DISCUSIÓN SOBRE LA RESPONSABILIDAD PRESUNTAMENTE PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA *

ALFREDO ALPACA PÉREZ
Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal.
Universidad de Extremadura

I. INTRODUCCIÓN

Mediante la reforma impulsada por la LO 5/2010, de 22 de junio, se incorporó en el CP español la así llamada responsabilidad «penal» de la persona jurídica. Unos años después, mediante la reforma realizada por la LO 1/2015, de 30 de marzo (que modificó los artículos 31 bis y siguientes del CP), esa reforma primigenia pareció adquirir un renovado vigor, pues en esta última se ratificó la naturaleza «penal» de esa responsabilidad. Esto quedó muy claro cuando en el Preámbulo de la LO 1/2015 se dejó expresa constancia –en caso de que hubiere permanecido alguna duda– de cuál era el modelo asumido por el legislador reformista del año 2010: un modelo de autorresponsabilidad de la persona jurídica¹, el que, por lo demás, es el único modelo que se podría tomar

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación PID2019-108567RB-C21 financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y en las tareas de investigación del GI DPULÉ.

¹ En efecto, en el Preámbulo de la LO 1/2015 que reforma el CP se expresó lo siguiente: «se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial».

en serio para la defensa de la idea de que la persona jurídica es genuino sujeto del delito y de la pena². Con todo, la reforma de la LO 1/2015 incorporó también una exención de responsabilidad para la persona jurídica por haber «adoptado y ejecutado antes de la comisión del delito» un «modelo de organización y gestión». Es decir, la última reforma abrió las puertas al llamado *compliance* o programa de cumplimiento –que incluye «medidas de vigilancia y control idóneas» (art. 31 bis.2.1.^a del CP) o que es «adecuado» (art. 31 bis.4 del CP) para prevenir delitos de la naturaleza del cometido o para reducir significativamente el riesgo de su comisión– como una circunstancia eximente de la llamada responsabilidad «penal» de la persona jurídica. Esta eximente propia y exclusiva de la persona jurídica ha sido reconocida como una manifestación de la máxima expresión de un pretendido régimen completo e integral de responsabilidad «penal» de la persona jurídica en el CP³.

La incorporación de la punibilidad de la persona jurídica en el CP ha sido criticada desde su propio origen pues se ha dicho que aquella reforma se llevó a cabo a espaldas de la discusión doctrinal, la que en ese momento reflejaba claramente una posición mayoritaria: una firme oposición a que la persona jurídica pueda ser considerada genuino sujeto del delito y de la pena. Sin embargo, esa incorporación ha conducido a los más vehementes defensores de la punibilidad de la persona jurídica a sostener que sobre el tema ya no hay más que discutir: si el legislador ha establecido que la responsabilidad de la persona jurídica es penal, entonces, *volens volens*, tiene esa condición⁴. Por ello –sigue ese sector doctrinal–, si la voluntad del legislador ha sido clara, el siguiente paso debería consistir en proponer parámetros para que la declaración de la responsabilidad penal de la persona jurídica se lleve a cabo de la manera más razonable posible. Esta línea doctrinal se ve fortalecida, en todo caso, con una línea jurisprudencial, tan o más entusiasta, en la que queda claro un especial compromiso con la consideración de la persona jurídica como genuino sujeto del delito y de la pena. En este desarrollo jurisprudencial ha adquirido un importante protagonismo el *compliance*⁵, asunto sobre el que se ha pronun-

² Al respecto, por todos, MOLINA FERNÁNDEZ, en: BACIGALUPO SAGGESE/FEIJOO SÁNCHEZ/ECHANO BASALDUA (Coords.), Estudios de Derecho penal. Homenaje al Prof. Miguel Bajo, 2016, 381.

³ BOLDOVA PASAMAR, en: RGDP 37 (2022), 9.

⁴ De esta opinión, por todos, ZUGALDÍA ESPINAR, La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos (Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal), 2013, 15.

⁵ La vinculación de la responsabilidad «penal» de la persona jurídica con las nociones de autorregulación y *compliance* ha sido defendida por muchos autores en la doctrina española. Al respecto, por todos, GÓMEZ-JARA DÍEZ, La culpabilidad penal de la empresa, 2005, 248 ss.; NIETO MARTÍN, en: KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA GIMENO (Eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, 2013, 30.

ciado también de Vicente Remesal⁶ y a quien de manera absolutamente merecida se rinde homenaje con esta obra colectiva.

II. EL ARTÍCULO 31 BIS DEL CP ESPAÑOL

¿Qué se puede concluir de una mirada al artículo 31 bis.1 del CP? Sobre este precepto, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, se ha dicho que refleja (o debería reflejar) un modelo de autorresponsabilidad de la persona jurídica. Las dudas comienzan cuando se verifica que el tenor literal del artículo 31 bis.1 del CP establece que a la persona jurídica se le hace responsable por el delito cometido por una persona física, la que, a su vez, ocupa una determinada posición en su estructura organizacional (como directivo o como empleado o subordinado) y ha cometido el delito «en nombre o por cuenta» de la persona jurídica y en su «beneficio directo o indirecto» (los elementos del llamado «hecho de conexión»)⁷. Se dice por ello que el artículo 31 bis.1 del CP expresa una regla de imputación que consiste en un denominado «principio del beneficio»⁸.

Si esto es así, entonces habría que declarar que, en realidad, el artículo 31 bis.1 del CP responde al modelo de heterorresponsabilidad o de transferencia. Y esto no solo porque queda claro que es la persona física la que comete el delito por el que también responde («penalmente») la persona jurídica («parece evidente que la persona jurídica no comete delitos, conforme al tenor del artículo 31 bis CP, pero a la vez responde penalmente»⁹), sino también porque la regla de imputación dispuesta expresamente en el referido artículo 31 bis.1 del CP (esto es, el ya mencionado «principio del beneficio») parece evocar a un enriquecimiento injusto, el que se erigiría como fundamento de la responsabilidad de la persona jurídica. Conforme a esto, esta responsabilidad sería, en realidad, una responsabilidad objetiva (pues está sostenida en datos y circunstancias de naturaleza objetiva¹⁰) y por el hecho ajeno (pues el hecho es cometido por la persona física¹¹). Se trataría, entonces, de una responsabilidad de naturaleza jurídico-civil¹². Por ello, la responsabilidad «penal» a la

⁶ Cfr. DE VICENTE REMESAL, en: RP 34 (2014), 170 ss.

⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: REDEPEC 2 (2023), 6 ss.

⁸ SILVA SÁNCHEZ, en: BACIGALUPO SAGGESE/FEIJOO SÁNCHEZ/ECHANO BASALDUA (Coords.), Estudios de Derecho penal. Homenaje al Prof. Miguel Bajo, 2016, 671.

⁹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: REDEPEC 2 (2023), 4.

¹⁰ BOLDOVA PASAMAR, en: RGDP 37 (2022), 7.

¹¹ GRACIA MARTIN, en: RGDP 26 (2016), 85.

¹² Al respecto, por todos, ROBLES PLANAS, en: Diario La Ley 7705 (2011), 3.

que alude el artículo 31 bis.1 solo tendría de «penal» el nombre, pero no la sustancia, el fundamento ni los efectos¹³.

III. EL *COMPLIANCE* Y EL «DELITO CORPORATIVO»

Sin embargo, los defensores de la punibilidad de la persona jurídica insisten con el modelo de autorresponsabilidad y entienden que más allá del elemento recogido expresamente en el artículo 31 bis.1 del CP (esto es, la regla de imputación que responde al denominado «principio del beneficio»), es posible encontrar otros elementos. En efecto, los seguidores del discurso punitivista entienden que el artículo 31 bis.2 y 4 del CP no contempla «solo» una eximente. El *compliance* se presenta como el elemento *central* de la responsabilidad llamada «penal» de la persona jurídica. Y esto es así pues se considera que mediante el *compliance* se puede determinar la responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica, lo que es un asunto de gran importancia si es que se propone que esa responsabilidad sea una genuina responsabilidad «penal»¹⁴.

La jurisprudencia del TS precisamente sigue ese camino. En efecto, el TS, en su jurisprudencia inicial (SSTS 154/2016; 221/2016) admitió un modelo (estricto) de autorresponsabilidad al considerar que el artículo 31 bis.2 y 4 forma parte (como elemento negativo) del tipo objetivo de la imputación de la persona jurídica. El TS ha extraído no solo la existencia de una eximente (lo que es obvio pues así lo indica el tenor literal del precepto), sino adicionalmente la presencia de un elemento fundamentador de la propia responsabilidad, el que tendría un carácter «supralegal». Este elemento (un estado de cosas peligroso, llamado también en la jurisprudencia como el «delito corporativo»¹⁵) se constituiría, en realidad, como único elemento fundamentador, ya que los elementos del llamado «hecho de conexión» (que responden al «principio del beneficio») son considerados meros presupuestos y no el fundamento de la responsabilidad. De esta manera, desde la orilla de la defensa del modelo de autorresponsabilidad, el llamado «delito corporativo», en la medida que se expresa en la inexistencia o insuficiencia de medidas de prevención y control del delito (inexistencia o insuficiencia del *compliance*), se erige como el «hecho propio» de la persona jurídica. Con ello,

¹³ SILVA SÁNCHEZ, en: BACIGALUPO SAGGESE/FEIJÓO SÁNCHEZ/ECHANO BASALDUA (Coords.), Estudios, 2016, 671.

¹⁴ BOLDOVA PASAMAR, en: RGDP 37 (2022), 10.

¹⁵ BOLDOVA PASAMAR, en: RGDP 37 (2022), 26 ss.

se dice, es posible alejar la responsabilidad de la persona jurídica de una indeseable responsabilidad objetiva (pues la persona jurídica respondería de esta manera por su «propio hecho») y se podría afirmar, con propiedad, su responsabilidad «penal»¹⁶.

IV. ALGUNAS INQUIETUDES QUE EMANAN DE LA PRÁCTICA JURISPRUDENCIAL

De ese planteamiento surgen algunas observaciones que aquí solo puedo esbozar. Primero, cuando la jurisprudencia del TS se refiere al «hecho propio» de la persona jurídica, lo hace recurriendo de manera indistinta o indiferenciada a diversas expresiones: se refiere a «la ausencia de medidas de control adecuadas o defecto estructural de los mecanismos de prevención del delito», a «la ausencia de un programa de cumplimiento» o a «la falta de una cultura de respeto al Derecho»¹⁷. Una mirada más cuidadosa, sin embargo, permitiría aseverar que ninguna de tales expresiones implica necesariamente lo mismo (es decir, entre ellas no hay una relación de equivalencia): puede no haber medidas de control adecuadas y haber al mismo tiempo un programa de cumplimiento (que sería no idóneo o no adecuado), así como puede no haber medidas de control adecuadas y no haber programa de cumplimiento; también puede haber un programa de cumplimiento pero los efectos de este pueden no existir, es decir, puede haber un programa de cumplimiento pero puede no haber una cultura de respeto al Derecho entre los dirigentes o empleados de la persona jurídica¹⁸.

Segundo, que la jurisprudencia del TS resuelve toda la cuestión de la responsabilidad «penal» de la persona jurídica en el ámbito de la tipicidad¹⁹. En efecto, el TS, en la STS 154/2016, de 29 de febrero (y en otras posteriores), adoptó la idea de que «la presencia de adecuados mecanismos de control lo que supone es la inexistencia misma de la infracción». Parece ser, entonces, que, para la jurisprudencia, el *compliance* sería algo así como un elemento negativo del tipo. Sin embargo, una mirada más profunda deja en evidencia posteriores dudas: si, como se ha visto, la jurisprudencia pone en el mismo plano las referencias al «defecto de organización» y a la «falta de cultura de

¹⁶ Al respecto, por todos, FEIJOO SÁNCHEZ, en: REDEPEC 2 (2023), 2 ss., 55 ss.

¹⁷ BOLDOVA PASAMAR, en: RGDP 37 (2022), 16.

¹⁸ BOLDOVA PASAMAR, en: RGDP 37 (2022), 16.

¹⁹ Frente a ello, la Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/2016, de 22 de enero, partiendo de un modelo de heteroresponsabilidad, considera que se trata de una excusa absolutoria.

respeto al Derecho»²⁰, entonces ambas circunstancias, que según algunos autores se corresponden con las categorías dogmáticas del injusto y de la culpabilidad, respectivamente, se reúnen en el tipo²¹. Esto implicaría, como puede preverse, un ensanchamiento del tipo a costa de un vaciamiento de la culpabilidad como elemento del delito de la persona jurídica.

Esta conclusión, sin embargo, podría ser, en realidad un problema aparente. O, dicho de otra manera: no sería más que la conclusión del propio punto de partida asumido. En efecto, los defensores de la punibilidad de la persona jurídica se han encargado de integrar en la teoría del delito los presupuestos de la responsabilidad de la persona jurídica. Esto conduce a una multiplicidad de planteamientos: mientras unos vinculan el defecto de organización como tipo de injusto²², otros hablan de culpabilidad por defecto de organización²³. Que en la doctrina favorable a la punibilidad de la persona jurídica haya tantas opiniones sobre categorías originalmente pensadas para la persona física²⁴ (incluyendo una directa confusión entre injusto y culpabilidad²⁵), revela que el traslado de esas categorías (particularmente del injusto y de la culpabilidad) al ámbito de la persona jurídica carece del punto de referencia lógico-material que de alguna manera orienta cuándo un elemento o circunstancia pertenece a una u otra categoría²⁶.

Tercero, si la ausencia de medidas de control adecuadas se presenta como el núcleo básico de la responsabilidad «penal» de la persona jurídica, entonces, se sostiene, aquella debe ser acreditada por la acusación. Que sea esta la encargada de acreditar ese estado de cosas (un estado de cosas desorganizado que favorece o propicia la comisión de delitos como el que se ha cometido por la persona física) es una consecuencia lógica de la adopción de un modelo de autorresponsabilidad²⁷. Si además de acreditar los elementos del «hecho de conexión» la acusación debe acreditar un determinado estado de cosas (la ausencia de medidas de control adecuadas, que constituye el núcleo básico de la responsabilidad «penal» de la persona jurídica) y esta no logra realizar esta tarea, entonces no sería posible reaccionar «pe-

²⁰ En esa línea, el voto particular de la STS 154/2016 dice que la ausencia de mecanismos de control o de una cultura de cumplimiento es un elemento del tipo objetivo de signo negativo.

²¹ ZUGALDÍA ESPINAR, en: *Diario La Ley* 9537 (2019), 3.

²² GÓMEZ-JARA DÍEZ, en: *BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ* (Coords.), *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2.^a ed., 2016, 126 ss.

²³ TIEDEMANN, en: *NJW* 1988, 1169 ss.

²⁴ BOLDOVA PASAMAR, en: *RGDP* 37 (2022), 12.

²⁵ Al respecto, ROBLES PLANAS, en: *Diario La Ley* 7705 (2011), 3.

²⁶ SCHÜNEMANN, en: *SILVA SÁNCHEZ* (Ed.)/*SCHÜNEMANN/DE FIGUEIREDO DIAS* (Coords.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, 1995, 214 ss.

²⁷ BOLDOVA PASAMAR, en: *RGDP* 37 (2022), 19.

nalmente» frente a la persona jurídica²⁸. Esta forma de comprender a la eximente, de acuerdo con el modelo de autorresponsabilidad, parece «desactivar» la aplicación práctica de esa responsabilidad «penal», pero no porque se apliquen estos programas como eximente, sino porque, en muchos casos, la acusación no ha podido probar, más allá de los elementos del «hecho de conexión», que el delito había sido favorecido o propiciado por el «estado de cosas desorganizado» de la persona jurídica.

El hecho de que muchas causas penales contra personas jurídicas hayan fracasado porque la acusación no ha acreditado hechos negativos (la ausencia de medidas de prevención y control que podrían haber evitado el delito), parece confirmar el mensaje premonitorio advertido en el voto particular a la STS 154/2016 que dice lo siguiente: «la propuesta de inversión del sistema ordinario de prueba en esta materia (...) puede determinar un vaciamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, e incluso su impunidad»²⁹. En todo caso, la evitación de este escenario puede haber conducido, precisamente, a otro también criticable: la imposición de condenas a personas jurídicas en las que se prescinde por completo de referencias al defecto organizativo, a la ausencia de una cultura de cumplimiento o de medidas de vigilancia y control o de programas de cumplimiento³⁰.

Cuarto, el llamado «delito corporativo» se convierte en un requisito «supralegal», y en él se basa la responsabilidad «penal» de la persona jurídica. Es decir, ese requisito no está explicitado, sino que se deduce negativamente de un elemento positivo derivado del establecimiento de una eximente. Tengo dudas si ese «delito corporativo» cumple las exigencias del principio de legalidad. La referencia a un «delito corporativo» parece evocar la concurrencia de un hecho típico de la persona jurídica, lo que se opone a la técnica legislativa empleada en el CP, en virtud de la cual es absolutamente claro que una persona jurídica responde «penalmente» por el delito cometido por la persona física. El CP solo regula una eximente de la persona jurídica, pero no establece una tipicidad «paralela»: la única tipicidad de la que se puede hablar con rigor es la de la persona física³¹. Por ello, llama la atención que la doctrina favorable a

²⁸ BOLDOVA PASAMAR, en: RGDP 37 (2022), 15, n. 43, donde hace referencia a resoluciones judiciales que, en ausencia de la demostración indiciaria de los hechos propios corporativos, desestiman la responsabilidad «penal» de la persona jurídica.

²⁹ Voto Particular STS 613/2016, de 29 de febrero, donde sigue: «(...) en diversos párrafos del fundamento jurídico octavo de la sentencia mayoritaria, que establecen la doctrina de que en el seno de la persona jurídica, en lugar de considerar que el objeto de la prueba no es la inexistencia, sino la disposición de estos instrumentos» (resaltado agregado).

³⁰ Al respecto, con referencias a la jurisprudencia, BOLDOVA PASAMAR, en: RGDP 37 (2022), 15, n. 43.

³¹ BOLDOVA PASAMAR, en: RGDP 37 (2022), 22.

la punibilidad de la persona jurídica resalte que el «hecho» de la persona jurídica podría y debería ser definido como un hecho típico y antijurídico, esto es, un delito que fluye de manera paralela al delito de la persona física³². En esa línea, esa misma doctrina destaca (también, a mi juicio, para resaltar el «hecho» de la persona jurídica) que el delito de la persona física es presupuesto, pero no fundamento de la responsabilidad de la persona jurídica³³.

De cualquier manera, creo que hablar de un «delito corporativo» sería hablar de un «delito» en sentido figurado, pues aquel no es un hecho típicamente antijurídico, sino que es un estado de cosas objetivo-peligroso o, como también se le reconoce, un desvalor de estado o de situación³⁴. De hecho, incluso los defensores de la punibilidad de la persona jurídica indican que el «delito corporativo» (la conducta típica de la persona jurídica) es el haberse «organizado mal»³⁵. Pero considerar, a partir de esa aseveración, que ese hecho propio de la persona jurídica fundamenta su responsabilidad resulta problemático desde una perspectiva de legitimación material: que no exista en el CP un delito consistente en «organizarse mal» expresa que no es merecedora de pena la mera no adopción de medidas organizativas empresariales solo por la posibilidad de que un tercero autorresponsable cometa un delito. De cualquier manera, hay un segundo problema: la no adopción de medidas organizativas empresariales es algo que también les corresponde a las personas físicas situadas en la estructura de la persona jurídica. Pero tampoco hay un delito en la parte especial que castigue a las personas físicas que, teniendo poder de decisión en el marco de la persona jurídica, no implementen deberes de supervisión, vigilancia o control³⁶. Esto demuestra, nuevamente, que el mero incumplimiento de ese tipo de deberes no satisface las exigencias del principio de lesividad penal³⁷.

³² ZUGALDÍA ESPINAR, en: CPC 121 (2017), 25, dice: «el delito de la persona jurídica — también puede y debe ser definido como un hecho ilícito (típico y antijurídico) realizado por un autor culpable. Solo que aquí los conceptos de acción y de culpabilidad, lógicamente, adquieren un perfil diferenciado al de las personas físicas» (resaltado agregado).

³³ GÓMEZ-JARA DÍEZ, en: BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coords.), Tratado, 2.^a ed., 2016, 126 ss.

³⁴ ROBLES PLANAS, en: Diario La Ley 7705 (2011), 5.

³⁵ ZUGALDÍA ESPINAR, en: CPC 121 (2017), 24.

³⁶ En el Proyecto de Ley de Reforma del CP que aparece en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados), del 4 de octubre de 2013, se propuso el artículo 286 seis, que decía: «Será castigado con pena de prisión de tres meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para el ejercicio de la industria o comercio por tiempo de seis meses a dos años en todo caso, el representante legal o administrador de hecho o de derecho de cualquier persona jurídica (...) que omita la adopción de medidas de vigilancia o control que resultan exigibles para evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito».

³⁷ ROBLES PLANAS, en: Diario La Ley 7705 (2011), 8.

En última instancia, un hecho típico (el único relevante para el Derecho penal) ha de tener como necesario núcleo a una conducta (una acción o una omisión de una persona física) y no a un estado de cosas, esto es, a un cúmulo de circunstancias o a un entramado de interferencias causales³⁸. Sostener lo contrario es confundir conducta típica y contexto, lo que a su vez solo puede conducir a la invalidación de la función de garantía del tipo³⁹.

V. FINALMENTE: UNA PREGUNTA, UN PLANTEAMIENTO Y UNA CONCLUSIÓN

La pregunta: ¿Cómo se concilia el modelo de autorresponsabilidad (que asume, como se ha visto, la jurisprudencia del TS) con el hecho de que el *compliance* no es obligatorio?⁴⁰ Es decir: por un lado, a la persona jurídica se le hace responsable por el delito cometido por la persona física, pero por otro se dice que ese delito no es fundamento, sino solo presupuesto de su responsabilidad, pues el fundamento, se dice, radica en la no existencia o no idoneidad de un modelo idóneo de prevención de delitos. Planteo un caso: una persona física comete un delito y se cumplen los criterios del hecho de conexión. Todo ello logra acreditarse por la acusación de manera exitosa. ¿No sería eso suficiente para hacer responsable a la persona jurídica? Un defensor de la responsabilidad penal de la persona jurídica diría que no, pues aquellas circunstancias son solo presupuestos y falta el fundamento: la no existencia o no idoneidad del modelo de prevención, que favorece la comisión del delito, cuestión que también debe ser acreditada por la acusación. Esto no solo despierta una inquietud teórica, sino también una inquietud práctica. La inquietud teórica consistiría en determinar si para el modelo de autorresponsabilidad el *compliance* es, en realidad, obligatorio, pese a que la ley no obliga a implementarlos. La inquietud práctica se referiría al hecho de que en nombre de la responsabilidad «penal» de la persona jurídica se pretende acreditar un elemento que, a la luz de la práctica, resulta de difícil probanza por parte de la acusación, fracasando por ello, en última instancia, la posibilidad de hacer responsable a la persona jurídica.

³⁸ VAN WEEZEL, en: *Política Criminal* 5 (2010), 122.

³⁹ VAN WEEZEL, en: *Política Criminal* 5 (2010), 132.

⁴⁰ Con todo, algunos autores entienden que los «modelos de organización y gestión» serían obligatorios. Al respecto, a favor de la obligatoriedad del *compliance*, por todos, GÓMEZ TOMILLO, en: BACIGALUPO SAGGESE/FEIJOO SÁNCHEZ/ECHANO BASALDUA (Coords.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al Prof. Miguel Bajo*, 2016, 104.

El planteamiento: en nombre del respeto al principio de culpabilidad, se quiere hacer «penalmente» responsable a una persona jurídica mediante el sacrificio solapado del principio de legalidad: se dice que la persona jurídica realiza un hecho propio (el llamado «delito corporativo»), pero la persona jurídica no es responsable por ese hecho propio, sino por el delito que comete la persona física situada en su estructura. Es cierto que se quiere salvar el problema alegando que ese «hecho propio» implica un aporte organizacional al delito cometido por la persona física. Pero lo cierto es que este planteamiento implica el reconocimiento de un elemento que la ley no advierte (por eso se le considera un elemento «supralegal») ni tampoco exige, y que genera dudas tanto en el ámbito dogmático (no se sabe si es un elemento del tipo o de la culpabilidad) o en el probatorio (es la acusación la que debe acreditar la no existencia del *compliance*).

La conclusión: pese a que la reforma del CP llevada a cabo por la LO 1/2015, en el extremo referido al *compliance*, pareció dejar en un segundo plano la discusión sobre si la persona jurídica puede ser sujeto del delito y de la pena, la discusión sobre su responsabilidad «penal» ha de mantenerse. Algunos autores dicen que la responsabilidad «penal» de la persona jurídica «ha venido para quedarse»⁴¹ y, por tanto, ya no habría nada que discutir. Sin embargo, una afirmación como esa parece proponer que la sola incorporación de una institución en el ordenamiento jurídico supone de manera implícita una valoración positiva, lo que no es así en todos los casos (piénsese en la prisión permanente revisable —o, «cadena perpetua», como se la denomina, de manera más honesta, en otras legislaciones—, que también «se ha quedado» en el Derecho español, sin que eso signifique que no existan propuestas para su derogación). Por tanto, la discusión sobre la responsabilidad «penal» de la persona jurídica es irrenunciable y, por tanto, debe adquirir un nuevo vigor y mantenerse siempre en el primer plano.

⁴¹ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, en: RECPC, 22-20 (2020), 3.

CAPÍTULO XVII

DELITOS DE PREPARACIÓN, PELIGRO ABSTRACTO Y BIENES JURÍDICOS. ESPECIAL REFERENCIA A LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

MANUEL A. ABANTO VÁSQUEZ

Profesor de Derecho Penal. Doctor en Derecho. Univ. Freiburg (Alemania).
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima,
y Univ. Nacional de Trujillo (Perú)

La importancia de la doctrina de los bienes jurídicos se manifiesta en diferentes lugares de la dogmática penal. En tiempos en los cuales el legislador, para «combatir» delitos que causan gran alarma social (sobre todo, narcotráfico, terrorismo, trata de personas, pornografía infantil, criminalidad organizada), suele recurrir con mayor frecuencia a tipos que describen conductas cada vez más alejadas de resultados lesivos, conviene recordar la importancia de los conceptos que toman por referencia esta doctrina.

La jurisprudencia peruana de los últimos años ha utilizado los conceptos que han servido de inspiración para titular esta contribución en un grupo muy recurrente de delitos de corrupción. En ello, aparte de emplear –a mi entender, erróneamente– el concepto bien jurídico, ha calificado contradictoriamente algunos delitos como delitos de peligro abstracto o de peligro concreto, de idoneidad o de preparación. Y a veces hasta ha invocado doctrina española para reforzar su argumentación.

A continuación, a modo de homenaje al profesor Javier de Vicente Remesal, se repasarán los conceptos aludidos y se procederá a revisar críticamente la jurisprudencia peruana aludida.

I. EL ADELANTAMIENTO DEL ENTENDIMIENTO DE LA LESIVIDAD

La tendencia legislativa de «adelantamiento» no es nueva, pero sí lo es su incremento y expansión. Se trata de la creciente introducción de tipos penales cuya característica principal consistiría en que, en vez de reaccionar frente a menoscabos ya producidos como en el Derecho penal tradicional, ahora busca prevenir sucesos futuros¹. Esta tendencia también es denominada Derecho penal del enemigo, Derecho penal de la prevención o criminalización en el campo previo².

Las causas de este desarrollo van más allá de la ya conocida y criticada política interna puramente simbólica y coyuntural. Además de los compromisos internacionales que se trasponen a la legislación penal interna (en especial, en cuanto al tráfico ilícito de drogas, el terrorismo, la corrupción, las organizaciones criminales, el lavado de activos, etc.), el impulso sería dado por la complejidad de las propias materias reguladas³.

Los tipos resultantes parecen anticipar la imputación penal a conductas previas a lo que tradicionalmente se conoce como la «lesión» de bienes jurídicos. Pero así se estaría abandonando paulatinamente el «Derecho penal del hecho» hasta abarcar sucesos del fuero interno de las personas⁴.

II. EL BIEN JURÍDICO COMO CONCEPTO REFERENCIAL

La teoría de bienes jurídicos, junto con otros principios de la intervención penal, tiene por finalidad poner límites a la arbitrariedad del *ius punien-*

¹ Cfr. PETZSCHE, Anneke, Die Kriminalisierung von Vorbereitungshandlungen – Abschied vom Tatstrafrecht?, ZStW 2019, p. 585. Por eso, Michael KUBICIEL ve en la orientación «reactiva» de la teoría retributiva de la pena una posible barrera a la flexibilización del Derecho penal; cfr. § 24 Die Flexibilisierung des Strafrechts, en: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, directores, Handbuch des Strafrechts, tomo 1 (Grundlagen des Strafrechts), Heidelberg, 2019, p. 1122 s.

² Más refs. sobre este último concepto, WEIGEND, Thomas, en Leipziger Kommentar-StGB, Einleitung §§ 1-31, tomo I, 12.^a edición, Berlín, 2007, n. marg. 9, al final; GRECO, Luís, La criminalización en el estado previo: un balance del debate alemán, en Alonso Rimo/Colomer Bea, directores, Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana, Cizur Menor, 2019, p. 94.

³ Ver las refs. en KUBICIEL, p. 1096 ss.

⁴ C. más refs. EISELE, Jörg, en Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar, 30ma. edición, München, 2019, vor §§ 13 ss., n. marg. 3. En la doctrina hispana, ALONSO RIMO, Alberto, en Alonso Rimo/Colomer Bea, directores, Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana, Cizur Menor, 2019, p. 19 s.; MIR PUIG, Santiago, Derecho penal. Parte general, 10.^a edición, Barcelona, 2016, p. 136, n. marg. 69; ORTS BERENGUER, Enrique/GONZÁLEZ CUSSAC, Gonzalo, Compendio de Derecho penal. Parte general, 9.^a edición, Valencia, 2022, lección 9, 3. De manera especialmente amplia, ZAFFARONI, Eugenio/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro, Derecho penal. Parte general, Buenos Aires, 2000, p. 62 ss.; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, Derecho penal. Parte general, Lima, 2006, p. 113 s., n. marg. 236.

*di*⁵. Se trata de intereses sociales extraídos de los valores constitucionales de un Estado de Derecho⁶. El principio, pese a sus limitaciones, sigue siendo defendido por la doctrina mayoritaria⁷.

En las relaciones sociales a las que se refieren los hechos punibles, el bien jurídico se manifiesta a través de determinados «objetos» atacados por aquellos. Entonces, debe distinguirse los *objetos de protección* del bien jurídico (lo directamente atacado por las conductas ilícitas) de los bienes jurídicos (o bienes jurídicos genéricos) que tan solo pueden ser «afectados» (concepto normativo de lesión)⁸. Esta distinción también se da en los llamados bienes jurídicos colectivos. Muchos de estos han surgido a partir de las instituciones que han surgido para cubrir nuevas necesidades sociales. Eso ha ocurrido, por ejemplo, con el patrimonio individual (público y privado), el cual no solamente puede cambiar de contenido (p. ej. abarcando las «expectativas») y ya por ello necesitar una forma distinta de protección. También es posible que de allí surjan instituciones en el marco de cuyo funcionamiento este patrimonio es utilizado y puesto en riesgo o perjudicado. Pero aquí la protección legal cambia de perspectiva y ya no busca proteger directamente el patrimonio individual sino el funcionamiento de las instituciones⁹.

⁵ ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, I*, Múnich, 2006, p. 13 ss.; EISELE, Jörg, en Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 13.^a edición, Bielefeld, 2021, § 2, n. marg. 7 ss.; HEINRICH, Bernd, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7ma. edición, Stuttgart, 2022, p. 2 ss., n. marg. 3 ss.; KINZIG, Jörg, en Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 30ma. edición, Múnich, 2019, vor §§ 38 ss., n. marg. a, p. 729; MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, 10.^a edición, Valencia, 2019, cap. IV 2 b); ORTS BERENGUER/ GONZÁLEZ CUSAC, Lección 9, 2; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, p. 121 ss.; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Derecho penal. Parte general*, 4.^a edición, Bogotá, 2010, p. 64 ss.; LUZÓN PEÑA, Lecciones de Derecho penal. Parte general, 3.^a edición, Valencia, 2016, cap. 2 III 3; PÉREZ-SAUQUILLO, Carmen, *Legitimidad y técnicas de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales*, Valencia, 2019, p. 32 ss., 38. En Perú, HURTADO POZO, José/PRADO SILDARRIAGA, Víctor R., *Derecho penal. Parte general*, 4.^a edición, Lima, 2011, tomo I, p. 13 ss.; VILLAVICENCIO TERREROS, p. 102 ss.; ABANTO VÁSQUEZ, *Dogmática penal*, tomo I, p. 25 y ss. Críticamente, WALTER, Tonio, en *Leipziger Kommentar-StGB*, I, 12.^a edición, Leipzig, 2007, vor § 13, n. marg. 9.

⁶ C. más refs. EISELE en Schönke/Schröder, vor §§ 13 ff, n. marg. 10a; HEINRICH, p. 3, n. marg. 4; ROXIN, *Strafrecht AT, I*, § 2, n. marg. 86 ss., 94; c. más refs. ABANTO VÁSQUEZ en *Dogmática penal*, tomo I, p. 40 ss. Últimamente, PÉREZ-SAUQUILLO, 2019, p. 42 ss.

⁷ Ver un reciente análisis crítico al respecto de FROMMEL, Monika: *Die rätselhaften Debatten zum strafrechtlichen Rechtsgüterschutz – wieso gelingt es so selten, die strafrechtliche Gesetzgebung zu begrenzen?*, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft* 3/2023, (www.zfistw.de), p. 207 ss.

⁸ Sobre esta doctrina, HEINRICH, p. 5, n. marg. 12, p. 58, n. marg. 161 en la nota al pie 321; ROXIN, *Strafrecht AT*, tomo I, § 2, n. marg. 65 ss.; EISELE en Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 2, n. marg. 10; WALTER en LK-StGB, vor § 13, n. marg. 14; WEIGEND en LK-StGB, Einl., n. marg. 8; ABANTO VÁSQUEZ, *Dogmática penal*, tomo I, 33 ss., p. 50 ss. Últimamente acoge en España esta diferenciación PÉREZ-SAUQUILLO, p. 45, nota al pie 41, 47 ss., 326. En Perú también en este sentido, aunque sin desarrollar más la idea, HURTADO POZO/PRADO SILDARRIAGA, tomo II, n. marg. 2029, p. 65.

⁹ Cfr. desde la perspectiva del Derecho penal económico, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, 5ta. edición, Múnich, 2017, p. 65 ss., n. marg. 175 ss., 178; también KUBICIEL, p. 1098, n. marg. 26.

Los tipos tradicionales que protegen el patrimonio (sobre todo los de estafa y administración desleal) no bastan para dar una adecuada protección a estos intereses. Aquí había un desfase entre legislación penal y realidad social¹⁰. Y en la protección de estos nuevos bienes jurídicos también es aplicable y exigible el «principio de lesividad» en todos sus aspectos¹¹.

En suma, debe constatarse que no solamente se trata de que el instrumental dogmático-penal deba adecuarse a los cambios sociales¹², sino también que el concepto mismo de bien jurídico debe ser entendido correctamente para poder abarcar satisfactoriamente las conductas lesivas¹³.

III. DELITOS DE LESIÓN Y DELITOS DE PELIGRO

La diferenciación entre bien jurídico (genérico) y objeto del bien jurídico (o bien jurídico específico) permite sistematizar mejor y analizar críticamente una serie de conceptos generalmente utilizados en la dogmática penal. Según la forma cómo se afecta («lesiona») el bien jurídico (principio de lesividad), los tipos penales pueden ser distinguidos entre *delitos de lesión* y *delitos de peligro*.

Inicialmente, cuando no se reconocía (o no se seguía hasta sus últimas consecuencias) la distinción entre bien jurídico (genérico) y objeto del bien jurídico (o bien jurídico específico), la doctrina mayoritariamente negaba la posibilidad de que también pudiera haber una «lesión» en los bienes jurídicos supraindividuales. Se solía afirmar que estos tan solo admitirían delitos de peligro y que, precisamente por ello, si se quería cumplir con finalidades preventivas en el ámbito penal sería imprescindible recurrir a tipos de peligro abstracto¹⁴. En el sentido arriba explicado, sin embargo, es preferible referir la

¹⁰ C. más refs. ABANTO VÁSQUEZ, Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas, Lima, 1997; también en Dogmática penal, tomo 1, p. 90 ss., 101 ss.; 745 ss.

¹¹ Esto ya había sido destacado por TIEDEMANN en Poder económico y delito, Barcelona 1985, p. 36. Siguiéndolo, ABANTO VÁSQUEZ, Derecho penal económico, p. 116 s.; Dogmática penal, tomo 2, p. 97 ss., 143 ss., 536 ss. GRECO usa estos ejemplos remitiéndose a Jakobs; cfr. en Alonso Rimo/Colomer Bea, directores, p. 107. Sobre esto también PÉREZ-SAUQUILLO, p. 314 ss., 325.

¹² La doctrina también quiere que el bien jurídico constituya un concepto abierto y se adecúe a los cambios sociales; cfr. ROXIN, Strafrecht AT, tomo 1, p. 32 s., n. marg. 63 s.; HEINRICH, p. 4, n. marg. 9.

¹³ Sobre los casos problemáticos, ROXIN, Strafrecht AT, tomo 1, § 2, n. marg. 51 ss.; PÉREZ-SAUQUILLO, p. 195 ss., 213 ss.

¹⁴ Ver las refs. en ABANTO VÁSQUEZ, Derecho penal económico, p. 114 ss.; también en Dogmática penal, p. 58 s. (allí ver esp. nota 84). Entre las publicaciones recientes todavía parece seguir esta doctrina, HILGENDORF, aunque aclarando que los tipos de peligro no serían exclusivos de los bienes jurídicos supraindividuales, ver en Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, p. 919 s., n. marg. 88 ss. También MITSCH en Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, p. 98, n. marg. 49 s. Otros refieren aún la lesión o el peligro al «objeto de la

lesión o el peligro al *objeto del bien jurídico* o bien jurídico específico¹⁵. Si el ataque al *objeto del bien jurídico* produjere un efecto sensible en la esencia del objeto (en el sentido de un menoscabo físico, de una alteración del funcionamiento, etc.) estaríamos hablando de un *delito de lesión*; si solamente creare una situación de peligro para éste, de un *delito de peligro*¹⁶.

En los *delitos de peligro concreto*, la conducta típica tiene que haber creado un resultado típico: una situación cercana a la lesión. Es decir, la conducta típica tiene que haber creado una situación de inminencia de daño para aquellos objetos que constituyen la plasmación del bien jurídico protegido. Luego, en estos delitos la situación de «peligro concreto» constituye un resultado (con la consecuencia de que rigen para él las reglas de la imputación objetiva). P. ej. la «conducción temeraria de vehículos» con peligro para vida o salud de otros (art. 380 CP esp., § 315c, primer párrafo, n.º 2 StGB).

El resultado como elemento típico que debe ser probado en el proceso penal, la «situación de peligro» para el objeto de la acción, no es fácil de definir. Entre las muchas definiciones desarrolladas por la doctrina alemana (basadas en muchos casos referidos a delitos de peligro en el tráfico rodado del § 315c StGB), se ha sugerido que la conducta típica hubiera generado una «mayor probabilidad de que ocurra una lesión a que ello no se produzca», que la situación crítica sólo por una casualidad no lleve un accidente (el «casi-accidente»), que el peligro no hubiera llevado al resultado de una manera científicamente inexplicable, que el peligro concreto equivalga a un «resultado normativo» en el sentido de que la lesión no se ha producido gracias a circunstancias en las que el Derecho no puede confiar (pericia extraordinaria del conductor, suerte, intervención de terceros, etc.)¹⁷.

En cambio, en los *delitos de peligro abstracto*, para la tipicidad objetiva la ley parece bastar tan solo con la realización de la conducta descrita. Es decir, el peligro que entraña la conducta típica tan solo habría sido el «motivo» del

acción»; p. ej. WESSELS, Johannes/BEULKE, Werner/SATZGER, Helmut, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 52da edición, Heidelberg, 2022, § 1, n. marg. 40.

¹⁵ Entre otros, ROXIN, *Strafrecht AT*, tomo I, p. 337 s., n. marg. 123 s.; MITSCH en Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, p. 98, n. marg. 49; HEINRICH, p. 58 s., n. marg. 161 ss.

¹⁶ Ampliamente, ROXIN, *Strafrecht AT*, tomo I, p. 423 ss.; HEINE, Günter/BOSCH, Nikolaus, en Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 30.ª edición, Múnich, 2019, vor §§ 306ff., n. marg. 2 ss., p. 2983 ss.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, § 1, n. marg. 42 ss.; WALTER, vor §§ 13 ff., n. marg. 65 ss. Con propuestas y terminología algo distintas, KORIATH, Heinz, *Zum Streit um die Gefährdungsdelikte*, *Goltdammers Archiv*, 2001, p. 51 ss.; KINDHÄUSER, *Rechtsgüterschutz durch Gefährdungsdelikte*, *Festschrift für Volker Krey*, Stuttgart, 2010, p. 249 ss. En la literatura hispanoparlante, LUZÓN PEÑA, cap. 12 V 1. c); MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, p. 323 ss.; MIR PUIG, p. 238 s.; ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, lección 17, 3; VILLAVICENCIO TERREROS, p. 311 s., n. marg. 672 ss.; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, tomo II, p. 63 ss., n. marg. 2022 ss.

¹⁷ Sobre estas y otras teorías, ROXIN, *Strafrecht AT*, tomo I, § 11, n. marg. 147 ss.

legislador (*ratio legis*)¹⁸. El peligro abstracto sería entonces un «peligro presunto», una «presunción de peligro» o un «peligro del peligro real» que podría resultar totalmente inocuo en el caso particular. Esto plantea problemas de legitimidad a la intervención penal¹⁹. En este contexto se suele citar el ejemplo de aquel campesino ebrio que por la noche conduce por una carretera desierta del establo de su propiedad a su casa²⁰, o el propietario que aprovechando la ausencia de los invasores de su terreno, prende fuego a la choza que estos han comenzado a construir allí²¹. Y no solamente se trata de la «lesividad»; allí donde hay un Derecho administrativo sancionador que también protege los bienes jurídicos, una sobreextensión del injusto punible invadiría el terreno de la ilicitud administrativa²².

Entonces, se debe dotar de lesividad a los tipos de peligro abstracto sin confundirlos con los de peligro concreto. Un primer intento fue propuesto en Alemania para el tipo agravado de incendios (§ 306a StGB) sugiriendo la posibilidad de admitir la prueba en contrario en el caso particular (delito de «peligro abstracto-concreto»)²³. Pero también es posible (e incluso mejor), exigir la prueba de la *peligrosidad de la conducta típica* (y no de la situación creada con ella, como en los delitos de peligro concreto). Esto equivale a reinterpretar los tipos de «peligro abstracto» en el sentido de tipos de idoneidad o de peligro potencial²⁴: el juez debe probar que la conducta típica tenía un cierto grado de

¹⁸ Entre otros y tan solo para mencionar las publicaciones más recientes, cfr. MITSCH, en Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, p. 98, n. marg. 50; WESSELS/BEULKE/SATZGER, § 1, n. marg. 44. HEINE/BOSCH sostienen que el legislador no siempre habría considerado tal «peligrosidad general» de las conductas y, más bien, habría querido tan solo penar determinadas conductas peligrosas; cfr. en Schönke/Schröder, vor §§ 306 ff., n. marg. 6a.

¹⁹ Por ello, MAURACH, Reinhart/SCHROEDER, Friedrich-Christian/MAIWALD, Manfred, ven aquí un atentado contra el principio de culpabilidad material como base de la pena aparte de despojar al ciudadano de su capacidad de discernir sobre lo falta absoluta de peligrosidad; cfr. Strafrecht. Besonderer Teil, volumen 2, 10.^a edición: Heidelberg, 2012 p. 13, n. marg. 37. En Latinoamérica, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, p. 73, HURTADO POZO/PRADO SILDARRIAGA, tomo II, p.72 ss., n. marg. 2046 ss.; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, p. 468 s.; ABANTO VÁSQUEZ, Derecho penal económico, p. 114 s.; entendiendo la «peligrosidad presunta» como una «presunción iuris tantum»; LUZÓN PEÑA, cap. 12.c).a), n. marg. 47 s. VILLAVICENCIO TERREROS recogía las críticas a la falta de lesividad de los tipos de peligro abstracto (entendidos en sentido tradicional) pero los creía indispensables para proteger suficientemente bienes jurídicos colectivos; cfr. p. 312, nota al pie 97.

²⁰ MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, § 50, n. marg. 37.

²¹ Ejemplo de HEINE/BOSCH, vor §§ 306 ff. n. marg. 5; también ZEHETGRUBER, Christoph: § 44 Brandstiftung, en: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, directores, Handbuch des Strafrechts, tomo 5 (Strafrecht Besonderer Teil II), Heildelberg, 2020, n. marg. 9, nota al pie 55.

²² Advierten de esta consecuencia en relación con ilícitos contravencionales, HEINE/BOSCH en Schönke/Schröder, vor §§ 306 ff., n. marg. 6a.

²³ El término fue introducido por SCHROEDER (Juristenzeitung 1967, p. 522 ss.) al analizar el tipo germano de «incendios» (§ 306 s.). También, LUZÓN PEÑA, cfr. cap. 12.c).a), n. marg. 47 s.

²⁴ En este sentido FRISCH, Wolfgang, An den Grenzen des Strafrechts. en Festschrift für Stree/Wessels, Heidelberg, 1993, p. 69 ss.; MIR PUIG, p. 239, n. marg. 64. Más sobre esta corriente en ROXIN, quien

lesividad, o sea que era idónea para menoscabar el objeto del bien jurídico. La doctrina ofrece para ello una serie de teorías que coinciden en sus objetivos de querer restringir los alcances antigarantistas de la literalidad²⁵.

La alternativa a estas teorías consistiría en permanecer en el «peligro presunto» admitiendo la exclusión excepcional de aquellos casos de absoluta imposibilidad de daño (o tenerlo en cuenta para atenuar la pena) y que, por lo demás la restricción debería darse caso por caso a través de la interpretación de los demás elementos del tipo objetivo²⁶ o también recurriendo a los criterios de «insignificancia» o «falta de lesividad o de afectación al bien jurídico»²⁷.

La interpretación de los tipos de peligro abstracto como tipo de idoneidad no tiene que llevar tampoco a una desprotección del bien jurídico tutelado. Esa es precisamente la justificación que parte de la doctrina arguye cuando quiere dar legitimidad a los tipos de peligro abstracto: el hecho de que algunas conductas masivas (p. ej. conducir bajo estado de ebriedad) habrían demostrado ser peligrosas para el bien jurídico y por ello los tipos penales deben cumplir una cierta función de «aprendizaje» y crear «tabúes» en relación con ellas prohibiéndolas por completo²⁸. Pero esta protección es suficientemente brindada por tipos de «idoneidad» que centran la peligrosidad en la conducta típica de manera similar a cómo lo hacen los delitos de *mera actividad*.

En algunos casos, la «idoneidad» está mencionada de manera expresa en el tipo (actos «idóneos para...») o se puede inferir de otros términos empleados en el tenor («pueda causar») como p. ej en la «difamación» (art. 132 C. P. peruano: «... pueda perjudicar honor»; § 186 StGB). Otros ejemplos de la ley peruana serían la «alteración (idónea) de billetes» (art. 256 C. P.); la contaminación ambiental (emisiones que puedan causar perjuicio...), artículo 304; la

denomina a estos tipos «delitos abstracto de idoneidad»; cfr. Strafrecht AT, tomo I, § 11, n. marg. 162; similar HEINE/BOSCH, p. 2984, n. marg. 4. La doctrina se refiere a veces a «delitos de puesta en peligro potencial» (potenzielle Gefährungsdelikte) como un subgrupo de los delitos de puesta en peligro abstracto, cfr. WESSELS/BEULKE/SAZGER, § 1, n. marg. 45. KORIATH conserva el término «delito de peligro abstracto», pero, en el mismo sentido que los delitos de idoneidad, hace depender su legitimación de la peligrosidad de la acción; p. 67 ss., 74. En la doctrina hispana, dedican especial atención a este subgrupo de los delitos de peligro MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, cap. XVIII, 3 c); PÉREZ-SAUQUILLO, p. 320 s. También, anteriormente, ABANTO VÁSQUEZ, Derecho penal económico, p. 50 ss., 119 ss.; Dogmática penal, tomo 1, p. 55 s.

²⁵ Ver una exposición de todas estas teorías en ROXIN, Strafrecht AT, tomo 1, § 11, n. marg. 154 ss.

²⁶ C. más refs. y remitiéndose sobre todo a la jurisprudencia del TFA, tomo 26, p. 121 ss., MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, p. 13 s., n. marg. 37 y 39.

²⁷ Sugieren esto, en relación con el tipo de peligro abstracto de conducción bajo los efectos de drogas (art. 379 C. P. español), TAMARIT SUMALLA, Josep M./GARCÍA ALBERO, Ramón, en Quintero Olivares/Morales Prats y otros, Comentarios al Código penal español, 7.ª edición, Cizur Menor, 2016, tomo 2, p. 1138.

²⁸ Ver las refs. sobre la doctrina dominante en este sentido en MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, § 50, n. marg. 37; ZEHETGRUBER, p. 913, n. marg. 9, al final.

minería ilegal del artículo 307-A (actividad que «pueda causar daño»); perturbación grave de tranquilidad pública del artículo 315-A («utilizando cualquier medio razonable capaz de producir alarma...»), etc. En otros casos, la conducta típica tiene que ser reducida teleológicamente limitándose a supuestos «idóneos». Ese es el caso de la conducción en estado de ebriedad (art. 274). En otros casos, la «idoneidad» (en el sentido de peligro para el bien jurídico) radica ya por la naturaleza misma de los objetos a los que se refiere la acción típica, la cual además suele requerir una autorización administrativa previa para poder ser lícita; p. ej. la fabricación, tenencia, etc. de objetos peligrosos sin tener autorización (art. 279 s.); contaminación o adulteración de insumos o alimentos para consumo humano (arts. 286 ss.); conductas previas al tráfico de drogas como la siembra o el transporte de insumo. (arts. 296 ss.).

IV. OTRAS TÉCNICAS DE ADELANTAMIENTO

Desde hace algún tiempo, el legislador penal recurre cada vez con mayor frecuencia a *tipos de posesión*. Por ejemplo, en el tráfico ilícito de drogas (posesión de drogas), el delito de tenencia ilegal de armas, o la posesión de pornografía infantil, o la modalidad de lavado de activos como posesión de bienes de origen ilícito, entre muchas otras figuras comunes a las leyes penales de prácticamente todos los países²⁹. En otros casos, el reproche penal se dirige a la posesión de determinada «posición» que genera expectativas sociales (*delitos de status*) como en la pertenencia a organizaciones criminales, el mantener instalaciones nucleares, ser titular de casas de juego, etc.³⁰.

En ambos grupos delictivos, el reproche penal *de lege lata* no parece dirigirse a una acción o una omisión determinadas sino a una «relación dolosa de dominio de una persona sobre una cosa»³¹. Pero si el reproche penal se centra-

²⁹ Entre otras figuras, según el C. P. peruano: posesión de drogas (art. 296.2), de insumos químicos (art. 296-B.1); actos de posesión de pornografía infantil (art. 183-A); almacenamiento no autorizado de productos industriales (art. 222), de etiquetas, sellos envases industriales (art. 223); conservar en su poder billetes falsificados (art. 255); almacenar o tener en su poder bombas, explosivos, etc. (art. 279); armas químicas (art. 279-A); almacenamiento o portación ilegal de armas (art. 279-G), etc.

³⁰ Según LAMPE, Ernst-Joachim, en ambos grupos delictivos subyacen normas primarias de prohibición dirigidas a estados sociales relacionados con objetos; cfr. recensión a los libros: *Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt* (Michael Kahlo) y *Besitz als Strafrecht* (Ken Eckstein), ZStW 113 (2001), p. 885-897 p. 896. Al respecto, entre otros ver PASTOR MUÑOZ, Nuria, *Besitz- und Statusdelikte: eine kriminalpolitische und dogmatische Annäherung*, GA 2006, p. 793 ss.; SCHROEDER, Friedrich-Christian, *Besitz als Strafrecht*, ZIS 11/2007, p. 449, columna derecha; ECKSTEIN, Ken, *Grundlagen und aktuelle Probleme der Besitzdelikte – EDV, EU, Strafrechtsänderungsgesetze, Konkurrenzen*, ZStW 117 (2005), p. 142.

³¹ Al respecto, SCHROEDER, *Besitz al Straftat*, p. 448, columna izquierda; ECKSTEIN, p. 107 ss., 109; PASTOR MUÑOZ, p. 793 ss.; ROXIN, Claus, § 28 *Handlung*, en: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, *Handbuch*

ra en la mera posesión y no en una «conducta» determinada, esto parece atentar contra el concepto mismo de «Derecho penal del hecho». Estos tipos son clasificados como un subgrupo de los *delitos de peligro abstracto*³² en cuanto suponen un mantenimiento doloso de una fuente de peligro.

Pese a las críticas de inconstitucionalidad³³, el Tribunal Constitucional alemán y parte de la doctrina han afirmado que la figura sería compatible con la teoría personal de la acción como «manifestación de la personalidad»³⁴, aunque para el reproche punible no pueda bastar con la relación de dominio (la posesión) sino por lo menos debe verificarse una previa «acción dolosa de acceso» a tal posesión o, posteriormente, una «omisión» en relación con aquella³⁵. La reinterpretación de los tipos de posesión, para hacerlos compatibles con el principio del Derecho penal del acto, parece ser la única alternativa frente a aquella otra que, por razones de «efectividad» y supuesta mejor protección a los bienes jurídicos, pretende consecuentemente introducir un modelo penal de «responsabilidad por el estado de las cosas»³⁶.

Aún se discute sobre la necesidad de recurrir a estos tipos penales³⁷, aunque su presencia y difusión son una realidad en la legislación penal actual³⁸. Las dificultades prácticas de los tipos de posesión, entendidos literalmente, se han manifestado recientemente en Alemania con el nuevo tipo delictivo de «posesión y difusión de pornografía infantil» en el § 184.b StGB, cuyo texto legal considera crimen la mera posesión y difusión de tal material indepen-

des Strafrechts, tomo 2, Heidelberg, 2020, p. 65, n. marg. 127 s.; ROXIN, Claus/GRECO, Luís, Strafrecht. Allgemeiner Teil, tomo 1, 5ta. edición, Múnich, 2020, § 8, n. marg. 66a, 66b; EISELE en Schönke/Schröder, vor §§ 13ff., n. marg. 42; LAMPE, p. 885 ss.; WALTER en LK-StGB, tomo 1, vor §§ 13 ff., n. marg. 35.

³² Así SCHROEDER, Besitz als Straftat, p. 445, col. izq. PASTOR MUÑOZ, p. 799; ECKSTEIN, p. 115, nota al pie 44, al final. Para WALTER, se trataría de delitos de «resultado» de una conducta previa; el reproche penal se dirigiría a la continuación dolosa de este estado; cfr. WALTER, vor §§ 13 ff., n. marg. 35. Otros ven aquí la protección de la «seguridad» como base para la vigencia de los bienes jurídicos; cfr. KINDHÄUSER, p. 249 ss., 261 ss., o al respecto, ampliamente PASTOR MUÑOZ, p. 801 s.

³³ Al respecto EISELE en Schönke/Schröder, vor §§ 13ff., n. marg. 42; KÜHL, Kristian, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 8.ª edición, Múnich, 2017, p. 16, n. marg. 11; SCHROEDER, Besitz als Straftat, p. 449, n. marg. izq.

³⁴ Cfr. ROXIN en Hilgendorf/Kudlich/Valerius, n. marg. 128, p. 65

³⁵ Así ROXIN/GRECO, n. marg. 66a, al final s.; igualmente, EISELE en Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, p. 157 s., n. marg. 44 s.

³⁶ Sobre este modelo (anglosajón), críticamente, ROXIN/GRECO, n. marg. 66c, p. 368; c. más refs. EISELE en Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, p. 158, n. marg. 46.

³⁷ Ver las refs. al respecto en KÜHL, p. 16, n. marg. 11. A favor y ampliamente sobre el tema, SCHROEDER, Besitz als Straftat, p. 44 ss. En contra c. más refs. EISELE en Schönke/Schröder, vor §§ 13 ff., n. marg. 42, p. 155. En algunos casos, los tipos de posesión parecen ser tan solo una opción menos garantista frente a la posibilidad de tipificar verdaderas conductas «omisivas» o «imprudentes» de sujetos en relación con objetos peligrosos; en ese sentido, DEITERS, Mark: recesión al libro Besitz als Straftat (Ken Eckstein), en GA 2004, p. 61. Similar PASTOR MUÑOZ, p. 800, 803

³⁸ ROXIN/GRECO identifican más de cien artículos en la ley penal alemana; cfr. n. marg. 66a, p. 367.

dientemente de la forma cómo se hubiera llegado a tal posesión o de las intenciones del poseedor³⁹.

V. EN ESPECIAL: LOS DELITOS DE PREPARACIÓN

De manera creciente en los últimos años, el legislador penal ha introducido tipos penales que, desde la perspectiva de los tipos tradicionales, parecen equivaler a meras «preparaciones» de otros delitos tradicionales ya tipificados⁴⁰. Es más, esta tendencia parece llevar a una «espiral de escalación» mediante la cual toda modificación penal va aún más lejos que la versión anterior hasta acercarse a un «Derecho penal de la actitud interna»⁴¹.

Pese a que la doctrina ha querido ver en la «impunidad general» de los actos preparatorios un «principio»⁴², lo cierto es que nada parece impedir al legislador a penar actos que, si bien materialmente pueden ser vistos como actos preparatorios de delitos ya conocidos, están dirigidos a mejorar la protección de bienes jurídicos de mayor importancia⁴³. Y, por otro lado, si existieran nuevas necesidades sociales (nuevos bienes jurídicos), tampoco parece reprochable que se quiera reforzar la protección penal mediante tipos penales que, desde la perspectiva de bienes jurídicos individuales, puedan parecer adelantamientos exagerados. La clave está entonces en desarrollar criterios para determinar cuándo se está ante «tipos preparatorios» y cuándo ante «tipos autónomos» que pudieran haber surgido de un tipo consumado pero que, por distintos motivos, ya no se encuentran vinculados con éste.

En un trabajo reciente, Alonso Rimo ha señalado que los tipos de preparación tendrían «dependencia valorativa» con el hecho principal (o sea con el tipo originario), serían tipos de intención y de doble dolo (uno referido a la preparación y otro a la ejecución), y presentarían forma pre-ejecutiva en sentido material (es decir en relación con el tipo originario) constituyendo un peligro mediato en relación con la ejecución del hecho principal (del tipo

³⁹ Cfr. BRODOWSKI, Dominik: Ist der Besitz kinderpornografischer Inhalte (§ 184b Abs. 3 StGB) wirklich ein Verbrechen mit einer 'Freiheitsstrafe von einem Jahr' als Mindeststrafe?, *Strafverteidiger* 2023, p. 421 s.

⁴⁰ Sobre estas tendencias en Alemania, cfr. c. más refs. PETZSCHE, p. 585 ss. Esta autora analiza críticamente los tipos de «preparación de un hecho violento grave que pone en peligro al estado» (§ 89a StGB) y «explotación de la fuerza laboral» § 233 StGB), como tipos preparatorios de delitos de terrorismo y trata de personas, respectivamente.

⁴¹ PETZSCHE, c. más refs., p. 585.

⁴² Crítica acertadamente este automatismo de la doctrina penal, ALONSO RIMO, Alberto, ¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación, *InDret* 4/2017, p. 3 y 6.

⁴³ ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, lección 21, 2.

originario)⁴⁴. En cambio, los tipos autónomos, pese a tener su origen en un tipo determinado, deben ser distinguidos claramente de estos pues ya no se refieren al mismo bien jurídico⁴⁵.

Se trata entonces de dos técnicas distintas, cada una de ellas con características propias y con argumentos de legitimidad atendibles. Y aunque es cierto que los tipos preparatorios, bajo una correcta aplicación de los criterios delimitadores, podrían ser más garantistas que los tipos autónomos⁴⁶, nada parece hablar tampoco en contra de los tipos autónomos si estos reflejaran realmente la necesidad de protección de nuevos bienes jurídicos (sobre todo de carácter supraindividual).

VI. LOS MALENTENDIDOS EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA

En recientes resoluciones, la Corte Suprema peruana, antes de acentuar la protección de bienes jurídicos y el principio de lesividad⁴⁷, se ha referido a la protección de normas y, entre ellas, a «normas de flaqueo», utilizando una terminología similar a la del normativismo sistémico. Esto se aprecia de manera particular cuando se trata de los tipos peruanos de «negociaciones incompatibles» (art. 399 CP) y «fraude a la administración pública» (art. 384 CP). Estos tipos siempre encuentran un correlato en la legislación penal comparada, la cual prefiere recurrir a otras figuras para subsumir casos similares⁴⁸. En España, si bien se tiene allí un tipo similar a la «colusión» peruana en el artículo 436 CP de 1995, no sucede lo mismo con las «negociaciones prohibidas» (arts. 439 ss.), que contiene figuras mucho más específicas⁴⁹.

⁴⁴ Cfr. ALONSO RIMO, ¿Impunidad general?, p. 9 ss. También para PETZSCHE la criminalización de los tipos preparatorios tiene un fundamento equivalente a los delitos de peligro abstracto por faltar la causación de un resultado, p. 584 ss., 592.

⁴⁵ Cfr. ALONSO RIMO, ¿Impunidad general?, InDret 4/2017, p. 28 ss.

⁴⁶ ALONSO RIMO destaca que –a diferencia de los tipos autónomos– gozarían de un «apoyo estructural interpretativo» que evita la sobrepenalidad gracias a la proporcionalidad inmanente en la relación entre preparación tentativa y consumación (¿Impunidad general?, p. 39 ss.). Pero esto se dirige contra tipos penales autónomos que no tengan por trasfondo la protección de bienes jurídicos identificables y constituyeran más bien una «preparación de la preparación» sin lesividad (ibídem, p. 56 ss.).

⁴⁷ El Código penal peruano prevé expresamente el principio de lesividad (artículo IV del Título Preliminar). La Corte Suprema de Justicia peruana ha reafirmado la vigencia de este principio, sobre todo para distinguir los delitos de las infracciones administrativas en el recurso de nulidad n.º 2090-2005 de 7 de junio de 2006 y en el Acuerdo Plenario N.º 1-2007/ESV-22 de 16-11-2007.

⁴⁸ Ver refs. sobre las distintas formas de protección del patrimonio público en ABANTO VÁSQUEZ, Dogmática penal, tomo II, p. 533 ss., 563 ss.

⁴⁹ Sobre el parentesco del tipo peruano con el art. 324 del C. P. español de 1941 (modificado en 1973 y 1981); cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Dogmática penal, tomo II, p. 583 ss., 599 ss.

La doctrina peruana entiende que ambos tipos, pese a su ubicación y aplicación autónoma, están en una *relación de subsidiariedad*: la negociación incompatible entra a tallar cuando no hubiera habido (o no hubiera sido posible probar) la «concertación de voluntades» entre funcionario público y particular en el marco de una contratación u operación públicas⁵⁰. Y por eso también el tipo de «negociación incompatible» no ha sido construido como un delito bilateral sino como uno *unilateral de abuso de funciones*. Luego, para la existencia (y prueba) del «interés indebido» por parte del funcionario público no se necesita (probar) una contribución del particular interesado bajo la forma de una «concertación» con miras a obtener, mantener, modificar, etc. la contratación u operación con la administración pública. Por eso también las negociaciones incompatibles constituyen en un «delito de peligro» en relación con los bienes jurídicos tutelados que suelen ser relacionados con los deberes propios del funcionario público encargado de la contratación⁵¹.

El «peligro» para el bien jurídico tutelado ha sido visto en la jurisprudencia de manera muy variada⁵². Así se manifestó la Segunda Sala Penal Transitoria en las casaciones: 67-2017 Lima de 11-07-2017 (ponente: Ventura Cueva), 231-2017 Puno de 14-09-2017 (vocal ponente: Cevallos Vega) y 1059-2018 Huánuco de 23-06-2021 (vocal ponente: Castañeda Otsu). Pero no había consenso en cómo debería verificarse este «riesgo» para el patrimonio público; la mayoría lo identificaba con «peligro abstracto» acercando el injusto punible a la mera violación de deberes funcionariales, aunque también se sostenía la necesidad de verificar la existencia de un peligro en el sentido de una «idoneidad»⁵³.

En varias casaciones recientes, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema ha tratado de precisar más al respecto. Así, la casación 396-2019 Ayacucho, de 09 de noviembre de 2020 (vocal ponente: San Martín Castro), ha

⁵⁰ Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano, 2.ª edición, Lima, 2003, p. 521. Esta relación de subsidiariedad había sido acogida también en la casación 23-2016-Ica de 16-05-2017 (vocal ponente: Pariona Pastrana), fundamento 4.35.

⁵¹ Cfr. SALINAS SICCHA, Ramiro, Delitos contra la administración pública, 4.ª edición, Lima, 2016, p. 644 ss.; ROJAS VARGAS, Fidel, Delitos contra la administración pública, 4.ª edición, Lima, 2007, p.818 s., 825 s.; CASTILLO ALVA, José L., El delito de negociación incompatible, Lima, 2015, p. 15 ss. 30 ss.; ÁLVAREZ DÁVILA, Francisco, El delito de negociación incompatible, Lima, 2021 p. 149 ss., 155 ss. Pero, como ya se explicó en II y III, en el tipo analizado existe una «lesión» a la imparcialidad y legalidad del ejercicio funcional, pero cuando se trata del bien jurídico «patrimonio público», la conducta típica consiste en un «peligro» en el sentido de una «idoneidad» para afectarlo. Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Los delitos contra la administración pública, p. 506 ss.; ídem en Dogmática penal, tomo II, p. 602 ss.

⁵² Sobre las casaciones que se mencionan a continuación, con comentarios, ABANTO VÁSQUEZ, Dogmática penal, tomo II, p. 603 s., 606 ss.

⁵³ Casación n.º 231- 2017 Puno de 14-09-2017 (ponente: Cevallos Vega), considerando décimo séptimo.

afirmado que el tipo de negociación incompatible estaría destinado a proteger una «expectativa normativa». Esta se referiría a que el funcionario público «*ha de actuar en resguardo de los intereses de la Administración Pública... evitando cualquier situación de interferencia en la toma o ejecución de decisiones*» (fundamento jurídico segundo, primer párrafo). Además, por la conducta descrita, se trataría de un delito de peligro abstracto porque «...*se presume (que) crea un peligro para el bien jurídico*», es decir, «... *el legislador presume, sin prueba en contrario, que la consecuencia de la conducta típica es la afectación del bien jurídico*» (fundamento jurídico segundo párrafo). Esta posición ha sido reproducida en otras casaciones de la misma Sala: la n.º 180-2020 La Libertad (ponente: San Martín Castro) de 7-12-2020 (fundamento de derecho quinto), la n.º 1895-2019 (ponente: Coaguila Chávez) de 27 de abril de 2021 (fundamento de derecho tercero) y la 184-2020 Lima Norte (fundamentos undécimo y siguiente).

Más adelante, la casación 396-2019 Ayacucho –invocando doctrina hispana⁵⁴– sostiene que los tipos peruanos de «negociación incompatible» y «fraude a la administración pública» (colusión) estarían en una relación de preparación-consumación porque «... *ambos tienen su fundamento en deberes especiales atribuidos a los agentes oficiales y están vinculados a contratos u operaciones estatales–, pero protegen el mismo bien jurídico bajo la infracción de normas de flaqueo no de normas principales en relación al mismo bien jurídico. Es, por tanto, un injusto parcial en relación con el delito de colusión*» (fundamento segundo, tercer párrafo). Esta doctrina ha sido citada posteriormente por la misma sala en las casaciones arriba señaladas.

Ahora bien, pese a lo afirmado, es dudoso que el delito de «negociaciones» pueda y deba ser considerado delito preparatorio del de «fraude a la administración» (colusión). Sí es sostenible, en cambio, una relación de subsidiariedad tácita entre ambas figuras⁵⁵. Y es que, aparte de su mismo origen histórico⁵⁶ también se puede apreciar entre ambas figuras una relación «escalonada» o de «inclusión normativa» porque siguen la misma dirección de pro-

⁵⁴ Se remite a un autor nacional (ÁLVAREZ DÁVILA, p. 171 ss., esp. p. 180) quien a su vez recoge la doctrina de ALONSO RIMO (¿Impunidad general?, InDret 4/2017). Pero el autor hispano se refiere a otros tipos penales.

⁵⁵ Sobre la subsidiariedad cfr. tan solo MITSCH en Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, p. 742 s., n. marg. 15 s.; HEINRICH, p. 660 s.; En la doctrina hispanoparlante, MIR PUIG, p. 684, n. marg. 73; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, cap. XVIII, 6; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, tomo II, p. 239, n. marg. 2524 ss. VILLAVICENCIO TERREROS, p. 713 s., n. marg. 1581 s.

⁵⁶ Ver sobre la influencia de la legislación española en el origen de ambas figuras en ABANTO VÁSQUEZ, Dogmática penal, p. 585 s.

tección (deberes funcionariales y gestión del patrimonio público) y las primeras son abarcadas por la última como tipo preeminente⁵⁷.

Por otro lado, si se fuera consecuente con la doctrina del delito preparatorio, la «negociación incompatible» debería tener una estructura típica equivalente a la de una tentativa de participación en el fraude a la administración a través de un acto preparatorio propio⁵⁸. Y aquí se ve que tal «preparación» no puede encajar en todos los casos prácticos vistos hasta ahora por la propia Corte Suprema (incluyendo los de las casaciones que pregonan la doctrina del tipo preparatorio)⁵⁹ porque ni se trata de los mismos sujetos activos (en las negociaciones incompatibles, el funcionario público; en las colusiones: funcionario público e interesado, aunque este último como partícipe necesario) ni la conducta típica necesariamente es preparatoria la una de la otra (el interesarse indebidamente no necesariamente se refiere a una futura colusión) y menos aún el dolo del primer delito se refiere al delito supuestamente preparado a la manera de un doble dolo (dolo de la preparación y dolo de la colusión)⁶⁰.

No se quiere decir con todo esto que el tipo peruano de negociaciones incompatibles no deba ser sometido a una interpretación restrictiva ni que se desdeñen las ventajas de una relación de preparación. Pero ellas también las obtiene un correcto análisis del propio tipo penal bajo exigencias de lesividad. Otra cosa es que las propias conductas abarcadas por el tipo peruano de «negociaciones incompatibles» realmente merezcan reproche penal y no sea preferible dejar la protección al ámbito administrativo⁶¹.

VII. PALABRAS FINALES

Pese a los avances hacia un Derecho penal puramente preventivo, esto no tiene que llevar a la resignación. Siempre es posible la interpretación teleológica de los tipos penales para restringir sus alcances invocando principios su-

⁵⁷ Con múltiples ejemplos ver MITSCH en Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, p. 742 s., n. marg. 15; HEINRICH, p. 660 s., n. marg. 1440.

⁵⁸ Esto lo explica ALONSO RIMO; cfr. ¿Impunidad general?, InDret 4/2017, p. 25 ss.

⁵⁹ En la casación n.º 396-2019 (fundamento quinto), las «negociaciones incompatibles» consistieron en una serie infracciones que denotaban «prevalimiento del cargo» pues se había favorecido a un solo postor con una «tendencia al provecho».

⁶⁰ En sus casaciones, la Corte Suprema omite los elementos que denotarían la naturaleza preparatoria del tipo. También ÁLVAREZ DÁVILA ha visto estas dificultades y las atribuye a la «deficiente técnica del legislador» (p. 174 ss.), pero pretende superarlas centrándose únicamente en dos elementos comunes: la infracción de deberes funcionariales y el contexto contractual en el que el funcionario público actúa; cfr. p. 176 s.; cfr. p. 178.

⁶¹ Ver las críticas en ABANTO VÁSQUEZ, Dogmática penal, tomo II, p. 650 s.

periores que inspiran el Estado de Derecho y no permitir así que se cimente el adelantamiento a través de una interpretación complaciente⁶². Visto así, tampoco se puede decir que el Derecho penal haya perdido su característica reactiva y se esté convirtiendo en un Derecho penal preventivo; el injusto punible siempre se construye sobre un hecho ya realizado: la conducta que manifiesta una afección al bien jurídico.

Lamentablemente, la jurisprudencia suprema peruana tan solo ha recepcionado las tendencias sobrecriminalizadoras y ha desatendido la posición doctrinaria crítica respecto de estas. Precisamente esta actitud crítica desde la perspectiva garantista ha caracterizado al homenajeadado y a la escuela a la cual pertenece.

⁶² Sobre el adelantamiento interpretativo, c. más refs. KUBICIEL, p. 1087 ss., n. marg. 8 ss.

CAPÍTULO XVIII

SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA CULPABILIDAD JURÍDICA. UNAS ÚLTIMAS REFLEXIONES

MERCEDES ALONSO ÁLAMO

Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Valladolid

I. INTRODUCCIÓN

La fundamentación de la culpabilidad jurídica en la libertad de la voluntad ha vuelto al debate científico con el desarrollo de las neurociencias. Con tema tan discutido quiero contribuir al homenaje a Javier de Vicente Remesal. En trabajos anteriores he sostenido que la culpabilidad jurídico penal se fundamenta en la libertad de la voluntad entendida en sentido fuerte como libertad de querer lo que queremos, no sólo de querer lo que hacemos. De las críticas dirigidas a dicha posición pretendo ocuparme ahora. Se ha objetado frente a ella que es incompatible con los conocimientos científicos; también, que si se fundamenta la culpabilidad en la libertad de la voluntad en sentido fuerte se adopta un modelo de derecho penal opuesto a las teorías de la culpabilidad de los últimos tiempos e incompatible con el Estado de Derecho; se ha afirmado asimismo que reconocer la existencia de la libertad de la voluntad en sentido fuerte es dogmatismo desprovisto de comprobación científica. Intentaré mostrar por qué tales objeciones no pueden ser compartidas.

A tal efecto, es importante prestar atención, de un lado, al fundamento de la culpabilidad, es decir, a las bases o razones de la imputación subjetiva, o esencia de la culpabilidad, y, de otro lado, a la culpabilidad en sentido formal o conjunto de elementos que la conforman y que los diferentes ordenamientos jurídicos concretan. Ambas cuestiones, aunque relacionadas, merecen ser abor-

dadas por separado, pues solo si se delimitan sus respectivos ámbitos puede entenderse bien por qué cabe fundamentar la culpabilidad en la libertad de la voluntad y, a la vez, mantener una concepción personal de la culpabilidad que tiene en cuenta los múltiples condicionamientos del comportamiento humano en el juicio de imputación subjetiva y en la concreción de sus diferentes elementos formales. Partiendo de tales presupuestos, la fundamentación de la culpabilidad en la libertad de la voluntad no solo no entra en contradicción con las teorías de la culpabilidad de los últimos tiempos, sino que se inserta en una reconocida tradición jurídica.

Voy a sostener que fundamentar la culpabilidad en la libertad de la voluntad o libre albedrío en sentido fuerte es una opción científica –lo que no quiere decir que se haya comprobado científicamente la existencia de la libertad de la voluntad– tan válida como la contraria, y que no hay que ver en ello ni dogmatismo, ni voluntarismo, ni una mera cuestión de fe. Con tal fundamentación no se desconocen los múltiples condicionamientos del comportamiento humano, pues una cosa es fundamentar la culpabilidad en la libertad de la voluntad y otra bien distinta atender a todos los factores que concurran en el sujeto al tiempo del hecho a efectos de afirmar, excluir o graduar su culpabilidad jurídica.

Trataré después de la culpabilidad en sentido formal y de la concepción personal acorde con el fundamento adoptado, considerando que es en la delimitación de los elementos formales y en el juicio de imputación subjetiva donde todas las circunstancias que concurran en el sujeto al tiempo del hecho han de ser tomadas en consideración.

Mostraré, en fin, que fundamentar la culpabilidad en la libertad de la voluntad no entra en conflicto con las teorías sobre la culpabilidad dominantes en los últimos tiempos ni, menos aún, es incompatible con el Estado de derecho. Antes bien, la concepción personal de la culpabilidad que sobre aquel fundamento se asienta se sitúa en el marco de las teorías individuales de la culpabilidad que una sociedad ilustrada bien puede hacer suyas, y de un concepto material de culpabilidad que pone en el centro del derecho penal a la persona.

II. PRIMERA CUESTIÓN: FUNDAMENTO DE LA CULPABILIDAD JURÍDICO PENAL

Fundamento de la culpabilidad, y del propio derecho penal¹, es la voluntad libre. En apoyo de esta tesis recurro a Libet. Libet afirma que «la cuestión

¹ Aunque voy a ceñirme al fundamento de la culpabilidad, importa señalar que el problema de la libertad afecta previamente a la fundamentación del derecho penal y a la categoría dogmática de la acción.

de la voluntad libre va a la raíz de lo que constituye nuestra visión de la naturaleza humana y nuestra relación con el universo y las leyes naturales». Afirmar también que la experiencia ofrece «una suerte de evidencia *prima facie* de que los procesos mentales conscientes pueden controlar causalmente algunos procesos cerebrales». Señala asimismo que «al científico experimental le crea más dificultades una opción determinista que una opción no determinista», que «tanto las teorías deterministas como las no-deterministas tienen naturaleza especulativa», y que no hay evidencia de que la voluntad libre sea algo puramente ilusorio. Y, en fin, afirma: *mi conclusión sobre la voluntad consciente, una genuinamente libre en el sentido de no determinada, es entonces que su existencia es una opción científica al menos tan buena, si no mejor, que su negación determinista*² (la cursiva es mía). A la luz de estas palabras que, desde luego, empiezan reconociendo la naturaleza especulativa de las teorías deterministas y no-deterministas, afirmar que la ciencia ha convertido el libre albedrío «en algo inverosímil de naturaleza más literaria que científica»³, es algo al menos tan cuestionable como sostener la posición contraria. Libet prefiere hablar de la voluntad consciente como una opción científica. Pero sobre esto volveremos después.

La experiencia de libre albedrío es una *cuestión ontológica*⁴. Tiene razón Sánchez Ostiz cuando señala que un concepto de libertad de la voluntad fuerte

Al respecto, con base en la concepción significativa de la acción de Vives Antón, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., El fundamento de la categoría dogmática de la culpabilidad (Un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción), *Revista Penal*, 50, 2022, p. 164. Asimismo, ALONSO ÁLAMO, M., Acción, capacidad de acción y capacidad de culpabilidad: Problemas de delimitación, *Cuadernos de Política Criminal*, 131, 2020, pp. 26 s. y p. 15, donde ya apuntaba que el debate sobre la libertad en el campo del derecho penal, aunque se haya desenvuelto preferentemente en el ámbito de la culpabilidad, puede y debe situarse también en el ámbito de la acción.

² LIBET, B., ¿Tenemos voluntad libre?, traduc. de GIL BLASCO, M., en *Neurofilosofía práctica*, CORTINA, A. (Ed.), Comares, Granada, 2012, pp. 217 y 228 s. Sobre ello ya en ALONSO ÁLAMO, M., Culpabilidad en cabeza propia y el enigma de la libertad de la voluntad, *Cuadernos de Política Criminal*, 124, 2018, pp. 19 ss. (publicado también en *La culpabilidad*, MARAVER, M./POZUELO, L. (Coords.), BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2019).

³ Como hace FEJOO SÁNCHEZ, B., Neurociencias y Derecho Penal de un sistema de libertades, en *Derecho Penal y comportamiento humano. Avances desde la neurociencia y la inteligencia artificial*, DEMETRIO CRESPO, E. (dir.), DE LA CUERDA MARTÍN, M./GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA/F. (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 142.

⁴ Searle habla del ontologismo de los estados mentales, una ontología subjetiva o de primera persona, que se diferencia de la ontología objetiva que no depende de los sujetos. Considera que la objetividad epistémica propia del método científico «no exige la objetividad ontológica del objeto de estudio». En relación con la crítica a D. Dennett, *vid.*, SEARLE, J. R., El misterio de la conciencia. Intercambios con D. C. Dennett y D. J. Chalmers, traduc. por DOMÈNECH FIGUERAS, A., Paidós, Barcelona, 2000, pp. 93 ss. y 108. Sobre ello, ALONSO ÁLAMO, M., Culpabilidad en cabeza propia y el enigma de la libertad de la voluntad, *cit.*, pp. 21 ss.

«ontologiza» el libre albedrío⁵. Pero la cuestión de la libertad de la voluntad es también un problema epistemológico. Puede ser examinada desde la perspectiva de una ontología de primera persona referida a la experiencia de libertad, y desde una perspectiva *epistemológica* partiendo de su existencia real, aunque enigmática. Luego volveré sobre la posiblemente desconcertante invocación de un enigma, o de algo que tiene existencia enigmática, para fundamentar la culpabilidad. Baste por ahora decir que tal enigma o misterio no es de índole místico-espiritual, sino que se basa en un realismo moderado y una epistemología de base biológica, de forma semejante, no idéntica, a lo que señalan Edelman y Tononi en relación con el universo de la conciencia⁶. Se trata, en definitiva, de conciliar en una epistemología de base biológica lo que en principio se halla en planos distintos de análisis y pertenece a realidades epistemológicas diferentes, la neurociencia y la libertad del querer⁷.

La pregunta acerca de si se puede tratar el libre albedrío como un problema neurobiológico fue planteada por Searle para quien «si el libre albedrío es una verdadera característica del mundo y no una mera ilusión, ha de tener una realidad neurobiológica; ha de haber algún rasgo del cerebro que realice el libre albedrío»⁸. Pero no se trata de afirmar lo que la ciencia no afirma ni de dar por probado lo no probado. Cuando se recurre a la libertad de la voluntad en sentido fuerte para fundamentar la culpabilidad jurídica no se llega a tanto. Ni siquiera podemos saber si se podrá llegar a saber cómo emerge el libre albedrío, si es que emerge, en un cerebro descrito a nivel neuronal de modo determinista. Quizás haya que aceptar que puede que nos falten, como dice Pinker, facultades cognitivas para captar cómo surgen la conciencia (en el sentido de experiencia subjetiva) y la libre voluntad⁹. Lo que sí se puede asumir,

⁵ SÁNCHEZ OSTIZ, P., «Tomarnos en serio a nosotros mismos». Sobre la culpabilidad en clave de imputación, en *La culpabilidad*, MARAVER, M./POZUELO, L. (Coords.), BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2019, p. 104, nota 7.

⁶ EDELMAN, G. M./TONONI, G., *El universo de la conciencia. Cómo la materia se convierte en imaginación*, traduc. por RIERA, J. L., Crítica, Barcelona, 2002, pp. 258 ss., precisando que «a las posiciones metafísicas y epistemológicas que adoptamos las hemos denominado realismo limitado y epistemología de base biológica». Más ampliamente, ALONSO ÁLAMO, M., *Culpabilidad en cabeza propia y el enigma de la libertad de la voluntad*, cit., pp. 24 ss.

⁷ Lo que lleva a Rodríguez a proponer un compatibilismo epistemológico, RODRÍGUEZ, V. G., *Livre arbítrio e Direito Penal: Revisão frente aos aportes da neurociencia e à evolução dogmática*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2018, pp. 268 ss.

⁸ SEARLE, J. R., *Libertad y neurobiología. Reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político*, traduc. por CANDEL, M., Paidós, Barcelona, 2004, p. 58.

⁹ PINKER, S., *Cómo funciona la mente*, traduc. por MELER-ORTI, F., Destino, Barcelona, 2011, pp. 711 ss. y 715. Pinker se refiere también a «nuestra completa perplejidad acerca de los enigmas de la conciencia, el yo, la voluntad y el conocimiento puede que resulten de un desajuste entre la naturaleza misma de estos problemas y el aparato computacional con el que la selección natural nos ha dotado», loc. cit., pp. 719, 83, 667 ss.

recurriendo a Libet, es que «dada la naturaleza especulativa tanto de las teorías deterministas como de las no-deterministas, por qué no adoptar la asunción de que poseemos voluntad libre (hasta que una evidencia real contradictoria aparezca, si es que alguna vez lo hace)»¹⁰.

Así planteada la cuestión, la libertad de la voluntad es algo más que una mera ficción. Ficción es *tratar como libre* a quien presente «una capacidad de control intacta y con ello aseguirabilidad normativa», aun cuando se quiera hacer de tal ficción una «suposición garante de la libertad»¹¹. Pero no lo es, propiamente, adoptar una opción que se presenta desde un punto de vista científico tan válida como la contraria.

La libertad de la voluntad no es tampoco una mera ilusión¹², como se pretende desde el determinismo absoluto. Seth da a la pregunta acerca de si el libre albedrío es real o una ilusión una respuesta diferenciada. Depende, dice. No es real un libre albedrío «espectral» que evoca el dualismo cartesiano. Esto es, un libre albedrío entendido como «intervención en el flujo de los sucesos físicos en el universo (o, para ser más concretos, en el cerebro)»¹³. Pero, en cambio, son reales las experiencias de volición o, más precisamente, «las percepciones relativas al yo asociadas a acciones voluntarias», las cuales no solo son reales, sino también «indispensables para nuestra supervivencia»¹⁴. Ahora bien, la intelección de la libertad de la voluntad desde esta perspectiva subjetiva se traduce en una concepción débil del libre albedrío. Molina Fernández propone adoptar una perspectiva interna al sujeto basada en la autoconsciencia y la percepción subjetiva de la propia libertad¹⁵, y habla de «sensación» de li-

¹⁰ LIBET, B., ¿Tenemos voluntad libre?, cit., p. 229.

Sobre el *veto* o bloqueo de un proceso volitivo por la voluntad consciente de modo que el acto no ocurra (rol de control del acto), LIBET, B., ¿Tenemos voluntad libre?, cit., pp. 221 s. y 226. Críticamente, SETH, A., La creación del yo. Una nueva ciencia de la conciencia, traduc. por Santos Mosquera, A., Ed. Sexto Piso, Madrid, 2023, p. 255.

¹¹ Así, ROXIN, para quien «la suposición de libertad es una «aserción normativa», una regla social de juego, cuyo valor social es independiente del problema de teoría del conocimiento y de las ciencias naturales», ROXIN, C., Derecho Penal. Parte General, I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, traduc. de la 2.^a ed. alemana por LUZÓN PEÑA, D.-M./DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./DE VICENTE REMESAL, J., Civitas, 1997, pp. 808 y 811. Ahora bien, como ha puesto de relieve Luzón, el criterio de la accesibilidad normativa responde a una concepción mixta empírico-normativa pues, de un lado, no se trata de una hipótesis indemostrable sino de un fenómeno científico empírico como prueban la psiquiatría y la psicología, y, de otro lado, requiere que el sujeto sea capaz de comportarse conforme a la norma, LUZÓN PEÑA, D.-M., Libertad, culpabilidad y neurociencias, Indret 3/2012, pp. 17 s.

¹² Como señala Libet, «una teoría que simplemente interpreta el fenómeno de la voluntad libre como algo ilusorio negando la validez de este hecho fenoménico es menos atractiva que una teoría que acepta o acomoda el hecho fenoménico», LIBET, B., ¿Tenemos voluntad libre?, cit., p. 229.

¹³ SETH, A., La creación del yo. Una nueva ciencia de la conciencia, cit., pp. 253 y 264.

¹⁴ SETH, A., La creación del yo. Una nueva ciencia de la conciencia, cit., pp. 252 y 267.

¹⁵ MOLINA FERNÁNDEZ, F., Culpabilidad sin libertad, en Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad. Seminario con Günther Jakobs en la UAM (Cancio Meliá/Feijoo Sánchez, ed.), Thomson/Civitas, Pamplona, 2008, pp. 227 ss.

bertad conciliable con el principio causal¹⁶. Burkhardt habla de libertad subjetiva, experimentada, percibida, en cuanto «conciencia de autodeterminación», que «es aceptada como un hecho psicológico y como una experiencia básica de la mayoría de las personas»¹⁷.

La intelección de la libertad de la voluntad desde la perspectiva de las experiencias de libertad –inobjetable desde la perspectiva de la culpabilidad formal y que proporciona una base para excluir o, en su caso, atenuar la culpabilidad– es insuficiente, en mi opinión, para fundamentar positivamente la culpabilidad. Posibilita, sí, la exclusión de la culpabilidad en aquellos casos en que la persona es incapaz de comprender el significado de la norma o es incapaz de controlar sus actos. Seth se refiere al daño o supresión de la facultad de controlar los grados de libertad y a la consiguiente afectación de la culpabilidad en tales casos. Esto es indiscutible (como lo es la ausencia de acción en los movimientos reflejos, en la actuación bajo una *vis absoluta* o en estado de inconsciencia plena). Pero es problemático sostener que «desde el momento en que traspasamos un cierto umbral de competencia para controlar nuestros grados de libertad, se nos *puede* responsabilizar de nuestros actos»¹⁸. Porque, y esto es lo problemático, se produce un salto desde la ausencia de culpabilidad, de signo negativo, hacia la fundamentación positiva de la culpabilidad, sin justificación suficiente. Que haya casos de incapacidad de culpabilidad sobre los que podamos estar de acuerdo, nada dice sobre la existencia o inexistencia de la libertad de la voluntad ni sobre el fundamento positivo de la culpabilidad. Con acierto dice Luzón Peña que la dificultad estriba en *explicar por qué hay culpabilidad*¹⁹, no en cuando no hay culpabilidad. La facultad de controlar los grados de libertad, previo negar la libertad «espectral» –o libertad de querer lo que queremos– es insuficiente para fundamentar positivamente la culpabilidad jurídica. El fundamento positivo de la culpabilidad, y no su exclusión o atenuación, toca el fondo de la cuestión.

No parece que la libertad de la voluntad haya de ser reducida a experiencia, sensación, vivencia, o sentimiento²⁰, ni a lo que se corresponde con la

¹⁶ MOLINA FERNÁNDEZ, F., Presupuestos de la responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad), Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 2000, pp. 267 ss.

¹⁷ BURKHART, B., La comprensión de la acción desde la perspectiva del agente en el derecho penal, en BURKHART, B./GÜNTHER, K./JAKOBS, G., El problema de la libertad de acción en el derecho penal», ALCÁZER GUIRAO, R. (compilador), Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, p. 55.

¹⁸ SETH, A., La creación del yo. Una nueva ciencia de la conciencia, cit., p. 266.

¹⁹ LUZÓN PEÑA, D.-M., Libertad, culpabilidad y neurociencias, cit., p. 16.

²⁰ Críticamente al respecto, RODRÍGUEZ, V. G., Livre arbitrio e Direito Penal: Revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução dogmática, cit., pp. 264 s.

imagen del hombre como ser libre que tenemos de nosotros mismos²¹, ni a una asunción pragmática guiada por la atendible consideración de que su reconocimiento posibilita la correcta organización de la sociedad y del Derecho²². La perspectiva interna puede ser trascendida con base en una epistemología de base biológica sin que esto implique incurrir en mero voluntarismo. De acuerdo con Libet, la asunción de la libre voluntad es una opción científica²³. Hablar de opción científica no es lo mismo que afirmar la efectiva comprobación científica²⁴. Tan solo implica aceptar que no hay inconveniente en admitir que la libertad de la voluntad tiene una existencia real, aunque no descifrada del todo y por ello enigmática. Hablar de un enigma, de algo que no se ha podido descifrar, puede generar confusión. A fin de evitarla, importa señalar que admitir la existencia real, aunque enigmática, de la libertad de la voluntad en sentido fuerte no introduce en el debate un «misterio» de índole místico-espiritual, pues en absoluto se adentra en el terreno de la mística²⁵. Tampoco se trata de una cuestión de fe²⁶. Tiene razón Greco cuando afirma que la libertad de la voluntad puede *existir* como artículo de fe, algo en lo que confiesa sigue creyendo, si bien a su juicio el derecho penal no puede tener como base «una idea tan problemática»²⁷. Pero, siendo esto así, parece igualmente problemático *fundamentar* el derecho penal en *la libre autodeterminación de un sujeto bási-*

²¹ LUZÓN PEÑA, D.-M., Libertad, culpabilidad y neurociencias, cit., p. 24.

²² Sobre la asunción pragmática de la libertad de la voluntad, LUZÓN PEÑA, D.-M., Libertad, culpabilidad y neurociencias, cit., p. 24.

²³ Opción que mantiene tras reconocer que tanto el determinismo como el no-determinismo son teorías no probadas en relación a la existencia de la voluntad libre, LIBET, B., ¿Tenemos voluntad libre?, cit., p. 227.

²⁴ Por ello no puede aceptarse la crítica de dogmatismo desprovisto de comprobación científica. Al respecto, AROCENA, G. A., Neuroderecho penal. Neurociencias, culpabilidad penal y ejecución penitenciaria, Reus/ BdF, Madrid/ Montevideo/ Buenos Aires, 2021, pp. 63 s.

²⁵ En sentido diverso, FEJOO SÁNCHEZ, B., Neurociencias y Derecho Penal de un sistema de libertades, cit., p. 142.

²⁶ A propósito de las paradojas que pueden suscitarse cuando nos aproximamos a la libertad de la voluntad desde el terreno de la mística o de la religión son ilustrativas las siguientes palabras de Libet: «La creencia común de que el hombre está determinado por alguna realidad mística o por intervención divina produce una paradoja difícil para aquellos que también creen que poseemos voluntad libre y que debemos ser considerados responsables de nuestras acciones. Tal paradoja puede aparecer en la perspectiva Judeo-Cristiana, desde la que se sostiene que: (a) Dios es omnipotente, sabe por adelantado lo que vas a hacer y controla tu destino; y, al mismo tiempo, (b) defiende enérgicamente que podemos determinar libremente nuestras acciones y, por tanto, ser responsables y dar cuenta de ellas. Esta dificultad ha conllevado algunos intentos teológicos de resolver la paradoja. Por ejemplo, los Cabalistas propusieron que Dios renunció voluntariamente a su poder de saber qué iba a hacer el hombre, con la finalidad de permitir al hombre escoger libre y responsablemente, y poseer voluntad libre», LIBET, B., ¿Tenemos voluntad libre?, cit., pp. 229 s.

²⁷ GRECO, L., ¿Qué pueden aprender los penalistas de los neurocientíficos?, en Derecho Penal y comportamiento humano. Avances desde la neurociencia y la inteligencia artificial, DEMETRIO CRESPO, E. (Dir.), DE LA CUERDA MARTÍN, M./GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA/ F. (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 165.

camente no libre a partir de la suposición de que la libertad es una mera regla social de juego²⁸.

Yendo al núcleo de la cuestión, se trata de admitir que esa idea problemática, ese enigma, tiene su anclaje, no en el terreno de la mística ni en el de las propias creencias, sino en una epistemología de base biológica que reconoce los límites de la ciencia, y que tal idea problemática es, como dice Libet, una opción científica. Esto es lo que se afirma cuando se sostiene (y no apodóticamente): *mi conclusión sobre la voluntad consciente, una genuinamente libre en el sentido de no determinada, es entonces que su existencia es una opción científica al menos tan buena, si no mejor, que su negación determinista.*

Se podría objetar que asumir que poseemos voluntad libre en tanto no haya una evidencia real que lo contradiga es puro voluntarismo. Pero ¿qué dice la ciencia?

Hoy en día, el neurodeterminismo radical ha dejado paso a un determinismo multicausal basado en determinaciones no lineales y probabilísticas en el que la determinación se reduce a cuasi-determinación. A este respecto, Feijoo da cuenta de las investigaciones que evidencian que somos sistemas complejos y de que lo que caracteriza a los sistemas complejos «es que constan de muchas partes diferentes que interactúan entre sí y su unión supone más que la suma de sus componentes, apareciendo propiedades nuevas o dando lugar a un comportamiento emergente que se caracteriza por una aleatoriedad difícil de entender»²⁹. Desde esta perspectiva, el «nuevo» determinismo se aproxima a las posiciones que defienden que hay un margen en el que puede emerger el libre albedrío, esto es, a aquellas posiciones que reconocen, sí, la plurideterminación en la actuación de la voluntad (y esto es de suma importancia a efectos de los elementos formales de la culpabilidad), pero lo hacen sin rechazar la posible *emergencia* de la libertad de la voluntad en un cerebro descrito a nivel neuronal de modo determinista. Pues, admitiendo que la física cuántica no lleva a afirmar la existencia de la libertad de la voluntad, cabe no obstante sostener que, igual que no perturba la cuestión de cómo pueden parecer deterministas los procesos fisicoquímicos basados en principios cuánticos aleatorios,

²⁸ Cuestión distinta es que *material* y *formalmente* la culpabilidad se delimite sobre la libre autodeterminación, como luego se dirá. Sobre la suposición de libertad como regla social del juego, ROXIN, C., Derecho Penal. Parte General, T. I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, cit., p. 808.

²⁹ FEJOO SÁNCHEZ, B., El Derecho penal de la culpabilidad ante el neurodeterminismo, en Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, GÓMEZ MARTÍN, V./BOLEA BARDON, C./GALLEGO SOLER, J. I./HORTAL IBARRA, J. C./JOSHI JUBERT, U. (Difs.), VALIENTE IVAÑEZ, V./RAMÍREZ MARTÍN, G. (Coords.), Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, pp. 609 ss. y 612 s.

tampoco tiene que inquietar demasiado la cuestión de cómo el libre albedrío puede emerger en un cerebro descrito a nivel neuronal de modo determinista³⁰.

No deja de ser una afirmación no probada (o, si se prefiere, tan rebatible como la contraria) la de que «hay que aceptar que no es verosímil partir de un albedrío o una voluntad humana que se pueda liberar de esta pluri-o multi-determinación»³¹. Pues si «cuanto más compleja es la multideterminación más se acerca a la indeterminación»³² no admitir la posible emergencia de la libertad de la voluntad es voluntarista confirmación de la propia narrativa. Dice Feijoo citando a Mosch que «el moderno «determinismo multicausal» o «determinismo sistémico-dinámico» que se basa en determinaciones no lineales y probabilísticas y el moderno indeterminismo o libertarismo no se diferencian en la actualidad ya con la misma radicalidad y con el paso del tiempo han acercado posturas. Ambos coinciden en que la conducta humana se encuentra entrelazada con una red compleja»³³. Pues bien, que el libre albedrío pueda emerger en un cerebro descrito a nivel neuronal de modo determinista no parece incompatible con el neurodeterminismo multicausal.

Por otra parte, cuando se fundamenta la culpabilidad y el derecho penal en la libertad de la voluntad en modo alguno se desconoce que nuestras decisiones y nuestras acciones están condicionadas por factores neurofisiológicos, genéticos, ambientales, económicos, educativos, etc. La importancia y significación de los múltiples condicionamientos del comportamiento humano no solo no es cuestionada a efectos de la culpabilidad, sino que se reconoce abiertamente en el marco de una concepción individual-personal de la culpabilidad: de ahí la importancia de diferenciar entre fundamento de la culpabilidad, de un lado, y concepción material y formal de la culpabilidad, de otro lado. Es en el juicio personal de culpabilidad donde la autodeterminación tiene su ámbito propio de incidencia (como se verá en el apartado siguiente).

Al final, entonces, ¿somos deterministas o liberoarbitristas en función de donde pongamos el acento? No lo sé. Pero nada impide partir de la posible emergencia de la libre voluntad y fundar en ello la culpabilidad y el derecho penal, toda vez que la existencia de la voluntad consciente, libre (y vuelvo a

³⁰ Sobre esto, ya en ALONSO ÁLAMO, M., Culpabilidad en cabeza propia y el enigma de la libertad de la voluntad, cit., p. 20. Señala Seth que «aunque el universo sea determinista a cierto nivel fundamental, podría ocurrir que unas fluctuaciones aparentemente aleatorias a nivel de las neuronas y las sinapsis tuvieran un papel significativo en la función cerebral», añadiendo que esto es posible e incluso probable, si bien carece de importancia desde la perspectiva del libre albedrío como experiencia perceptiva que el citado autor propugna, SETH, A., La creación del yo. Una nueva ciencia de la conciencia, cit., pp. 253 y 355 nota 5.

³¹ FEIJOO SÁNCHEZ, B., El Derecho penal de la culpabilidad ante el neurodeterminismo, cit., p. 613.

³² FEIJOO SÁNCHEZ, B., El Derecho penal de la culpabilidad ante el neurodeterminismo, cit., p. 612.

³³ FEIJOO SÁNCHEZ, B., El Derecho penal de la culpabilidad ante el neurodeterminismo, cit., p. 612.

citar las palabras de Libet) *es una opción científica al menos tan buena, si no mejor, que su negación determinista*³⁴.

III. SEGUNDA CUESTIÓN: CULPABILIDAD EN SENTIDO FORMAL

Fundamentada la culpabilidad en el libre albedrío en sentido fuerte, esta fundamentación no afecta a los elementos formales de la culpabilidad generalmente reconocidos. En 1985 publicó Torío un artículo fundamental para entender la cuestión planteada. En él leemos: «el debate versa hoy ante todo acerca del fundamento de la culpabilidad, es decir, sobre si la imputación subjetiva se basa en el poder obrar de otro modo, o en el carácter del autor, etc... No se discuten, pues, los *elementos*, sino la *ratio essendi* de la culpabilidad. Es prácticamente unánime el concepto formal, mientras que desde la lucha de escuelas del pasado siglo nunca han sido tan vivas las contraposiciones sobre la esencia –y a partir de esto también sobre la existencia– de la culpabilidad»³⁵. A pesar del tiempo transcurrido desde la publicación de dicho artículo y de que desde entonces la discusión en torno a la fundamentación de la culpabilidad jurídica no ha dejado de crecer³⁶, aquellas palabras mantienen su vigencia en lo esencial: las diferentes fundamentaciones de la culpabilidad no difieren básicamente a la hora de delimitar la culpabilidad en sentido formal, esto es, los elementos precisos para la imputación de un hecho a su autor que los particulares sistemas jurídicos concretan (imputabilidad, conocimiento de la prohibición, ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad en sentido estricto).

La autodeterminación del sujeto al tiempo del hecho, su libertad de decisión y de acción, la falta de coacción, la capacidad de controlar sus actos, etc., en definitiva, su culpabilidad personal, operan internamente a los elementos formales de la culpabilidad. Es en la concreción de los elementos formales, así como en el juicio final de imputación subjetiva, y no en la

³⁴ LIBET, B., ¿Tenemos voluntad libre?, cit., p. 229, donde asimismo afirma que «no necesitamos vernos a nosotros mismos como máquinas que actúan de una manera totalmente controlada por las leyes físicas conocidas».

³⁵ TORÍO LÓPEZ, A., El concepto individual de culpabilidad, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1985, p. 291, el mismo, Indicaciones metódicas sobre el concepto material de culpabilidad, Cuadernos de Política Criminal, n.º 36, 1988, pp. 763 ss.

³⁶ Sobre ello, SANZ MORÁN, A., El concepto material de culpabilidad: Un balance, en Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario, de Vicente Remesal, J./Díaz y García Conlledo, M./Paredes Castañón, J. M./Olaizola Nogales, I./Trapero Barreales, M. A./Roso Cañadillas, R./Lombana Villalba, J. A. (Dirs.), I, Reus, Madrid, 2020, pp. 1094 ss.

fundamentación de la culpabilidad, donde los múltiples condicionamientos del sujeto al tiempo del hecho, personales y, también, sociales, han de ser tomados en consideración. Es en este momento cuando la perspectiva de la primera persona –entendida como experiencia o sensación de libertad, pero también referida a las creencias, valores, motivos y emociones del sujeto– desempeña su papel fundamental.

A caballo entre el fundamento material de la culpabilidad (la libertad de la voluntad) y los elementos formales de la culpabilidad se perfila un concepto material de culpabilidad en el que aquel tiende a realizarse y que a su vez tiende dinámicamente a constituirse o materializarse en los elementos formales. Esto es, al fundamentar materialmente la culpabilidad en la libertad de la voluntad se da paso a un concepto material personal de culpabilidad que a su vez tiende a concretarse en la culpabilidad formal³⁷. Desde esta concepción individual de la culpabilidad jurídica, o culpabilidad en cabeza propia, los elementos formales de la culpabilidad han de ser comprendidos desde la perspectiva del sujeto. Pero sobre todo importa destacar ahora que fundamentar materialmente la culpabilidad (y el derecho penal mismo) en la libertad de la voluntad no implica posicionarse en contra de la discusión de los últimos años en torno a lo que la culpabilidad es o deba ser material y formalmente.

Las tesis que niegan la libertad de la voluntad llevadas a sus últimas consecuencias conducirían a que el derecho penal de la culpabilidad se desplazara hacia el derecho penal de la peligrosidad, aunque esto se pretenda soslayar edificando el derecho penal y la culpabilidad jurídica sobre otras bases, en particular sobre bases normativistas, normativas y/o comunicativas. Para quienes preferimos seguir manteniendo un concepto individual de culpabilidad o culpabilidad «en sentido altamente personal– individual»³⁸, la libertad de la voluntad es idónea para la fundamentación de la imputación subjetiva; por el contrario, la radical negación de la libertad de la voluntad remueve los cimientos del derecho penal de la culpabilidad individual. Torío veía el fundamento material de la culpabilidad en el dato antropológico de la espontaneidad del comportamiento humano³⁹. Fundamentar la culpa-

³⁷ Sobre ello ya en ALONSO ÁLAMO, M., Culpabilidad en cabeza propia y el enigma de la libertad de la voluntad, cit., pp. 17 ss.

³⁸ TORÍO LÓPEZ, A., Indicaciones político criminales sobre la imputación subjetiva, en Estudios Jurídicos. Libro conmemorativo del bicentenario de la universidad de La Laguna, T. II, Universidad de La Laguna, 1993, p. 1009.

³⁹ TORÍO LÓPEZ, A., El concepto individual de culpabilidad, cit., pp. 296 s.

bilidad en la libertad de la voluntad en sentido fuerte, aun yendo más allá, apunta en la misma dirección ⁴⁰.

Por último: pudiera parecer que al fundamentar la culpabilidad en la libertad de la voluntad se produce una anacrónica vuelta a Carrara quien daba por supuesta la libertad del querer sin entrar en la discusión filosófica sobre su existencia. Pero la invocación de la libertad del querer se hace hoy sobre nuevas bases. Porque la fundamentación de la culpabilidad y del derecho penal en la libertad de la voluntad toma en cuenta que el reconocimiento de la libertad de la voluntad es una *opción científica* al menos tan buena, si no mejor, que su negación determinista, y porque, en todo caso, no se discute que los múltiples condicionamientos del comportamiento humano han de ser tenidos en cuenta en la determinación de la culpabilidad a efectos de afirmarla, atenuarla o excluirla (como también han de ser tenidos en cuenta en otros elementos del delito –la acción, el dolo– en lo que aquí no podemos entrar).

IV. EN CONCLUSIÓN

La libertad de la voluntad en sentido fuerte es fundamento de la culpabilidad jurídica. Afirmar la libertad de la voluntad es una opción científica tan válida, al menos, como la de negar su existencia. Edificar el derecho penal y la culpabilidad jurídica sobre la libertad de la voluntad no es una opción científica ni antiilustrada.

Los múltiples condicionamientos de la libertad humana importan a efectos de decidir sobre la culpabilidad del sujeto al tiempo del hecho. Tales condicionamientos remiten a aquellas situaciones en que la culpabilidad puede verse excluida o atenuada: déficits cognitivos y volitivos, creencias, valores, motivos, emociones, etc., presentes al tiempo del hecho, despliegan su función en la graduación o exclusión de la culpabilidad. Pero es un error metodológico extraer de ello razones para fundamentar la culpabilidad. El concepto material de culpabilidad expresado en términos positivos –como imputación personal de la acción al sujeto capaz de controlar sus impulsos, mentalmente maduro y psíquicamente sano, que actúe con conocimiento de la antijuridicidad y al que sea exigible una actuación conforme a derecho– tampoco da respuesta a la

⁴⁰ Sobre otras concepciones que fundamentan la culpabilidad en la libertad de la voluntad, SANZ MORÁN, A., El concepto material de culpabilidad: Un balance, en Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario, 2020, pp. 1088 ss. y 1094 ss.

cuestión de la esencia de la culpabilidad, de su fundamento material, de las bases o razones de la imputación subjetiva del hecho a su autor.

No se trata de insistir en el viejo debate sobre determinismo y libre albedrío ni de recuperar una discusión a la que muchos prefieren dar fin construyendo el derecho penal y la culpabilidad jurídica sobre nuevos cimientos. Se trata de defender una concepción de la culpabilidad que sitúa al sujeto que ha realizado el delito en el centro del derecho penal, conjugando las posiciones del pasado con los conocimientos del presente; una concepción que, por lo demás, permite poner límites al real y/o potencial deslizamiento del derecho penal de la culpabilidad hacia el derecho penal de la peligrosidad.

CAPÍTULO XIX
CONSIDERACIONES SOBRE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS
ESPECÍFICOS DE JUSTIFICACIÓN

DIEGO ARAQUE MORENO
Exprofesor Universitario.
Socio de Álvarez & Araque, Abogados penalistas.
Medellín (Colombia)

I. INTRODUCCIÓN

En materia de teoría del delito, a medida que fue transcurriendo el tiempo, y por lo menos desde principios del siglo xx, poco a poco se fue pasando de un concepto puramente objetivo de injusto penal a una concepción que, de menor a mayor, fue incorporando componentes de naturaleza subjetiva en su configuración, hasta llegar, en los casos más extremos, a la subjetivación plena de este ingrediente con los aportes de un monismo subjetivista construido primordialmente a partir del elemento del desvalor de acción¹.

Este proceso de subjetivización del injusto penal, importa igualmente destacarlo, ha caminado de la mano o cogido de gancho de la subjetivización que igualmente ha ocurrido en materia de preceptos permisivos o normas de autorización (causas de justificación), pues también éstos se han visto expues-

¹ Sobre este proceso de subjetivización del injusto penal, véase, por todos, a SCHÜNEMANN, B., El sistema moderno del Derecho penal. Cuestiones fundamentales, 2.^a ed., Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2012, pp. 1 ss.

tos a ese trámite de transformación que, de lo objetivo a lo subjetivo, ha operado en materia de injusto penal².

En efecto, es claro que hoy por hoy, en lo que dice relación con el tema de las causas de justificación del hecho, se ha impuesto la tesis del sistema general del elemento subjetivo en todas y cada una de las normas de autorización, de tal suerte que es completamente normal que se exija de manera generalizada el elemento subjetivo de justificación en todos los casos. Así por lo menos viene sucediendo desde los aportes y desarrollos del esquema finalista del delito³. Aunque lo cierto es que en la actualidad la tesis del elemento subjetivo de justificación se acoge de manera generalizada por caminos metodológicos que no necesariamente comportan adherir a la sistemática finalista previamente señalada.

En este orden de ideas, resulta evidente que es una posición actualmente prevalente aquella que entiende que el elemento subjetivo de justificación es necesario e indispensable para la aplicación de todos y cada uno de los preceptos que autorizan la realización del hecho en cada caso en particular. De contera, sin su presencia, conforme a la postura mayoritaria, simple y sencillamente no es posible el reconocimiento pleno e incondicional de los permisos, por más que se verifiquen todos y cada uno de los respectivos componentes de tipo objetivo.

Así, por ejemplo, el elemento subjetivo de justificación es exigido en nuestros tiempos por autores como Maurach/Zipf⁴, Hirsch⁵, Stratenwerth⁶, Jescheck/Weigend⁷, Wessels/Beulke/Satzger⁸, Bockelmann/Volk⁹, Roxin¹⁰,

² Al respecto, sobre la evolución del elemento subjetivo en los permisos, véase, FERNÁNDEZ, G. D., El elemento subjetivo de justificación en Derecho penal, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2015, pp. 17-25.

³ WELZEL, H., Derecho penal alemán, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, pág. 100.

⁴ MAURACH, R./ZIPF, H., Derecho penal. Parte general I. 7.^a ed., Buenos Aires, Astrea, 1994, pág. 433, si bien aclarando que ello se deduce concretamente para cada causa de justificación, por lo que no existe una regla general sobre este particular.

⁵ HIRSCH, H. J., Derecho penal. Obras completas. T. IV: La doctrina de los elementos negativos del tipo penal. El error sobre las causas de justificación, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2005, pág. 301.

⁶ STRATENWERTH, G., Derecho penal. Parte general I. El hecho punible, Navarra, Thomson-Civitas, 2005, p. 222.

⁷ JESCHECK, H. H./WEIGEND, T., Tratado de Derecho penal. Parte general. 5a ed., Granada, Comares, 2002, p. 352.

⁸ WESSELS, J./BEULKE, W./SATZGER, H., Derecho penal. Parte general. El delito y su estructura. 46a. ed., Lima, Instituto Pacífico, 2018, p. 173.

⁹ BOCKELMANN, P./VOLK, K., Derecho penal. Parte general, 4.^a ed., Lima, Legales Grupo Editorial, 2020, p. 201.

¹⁰ ROXIN, Claus, Derecho penal. Parte general. I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Madrid, Civitas, 1997, pp. 596-597.

Jakobs¹¹, Frister¹², Hilgendorf/Valerius¹³, Otto¹⁴ y así un largo etcétera. Con lo cual, como con meridiana claridad se puede apreciar, la exigencia del elemento subjetivo de justificación responde a una variopinta opción de posturas metodológicas.

No obstante lo anterior, se discute si en ciertas causas de justificación, amén del genérico elemento subjetivo de justificación del cual se viene hablando, es menester que el autor haya obrado con una especie de ánimo o intención de carácter especial, algo así como un elemento específico de justificación del hecho. Es decir, en estos casos, no bastaría que el sujeto hubiese obrado con el elemento subjetivo de justificación que se concreta en el conocer y/o querer obrar bajo el amparo de los requisitos objetivos del respectivo permiso, sino que, de manera adicional, sería indispensable que hubiese realizado la conducta con un ánimo o intención de carácter especial, dependiendo del caso en particular. De hecho, existen eventos en los cuales se exige una especie de examen conforme a deber, con lo cual, a decir de autores como Trapero Barreales, en estos casos se estaría en presencia de algo así como un «elemento subjetivo adicional de justificación»¹⁵.

Del estudio en especial de este tipo de componentes específicos trata por tanto la presente contribución, la cual esperamos sea del agrado del homenajeado.

II. ELEMENTOS SUBJETIVOS ESPECÍFICOS DE JUSTIFICACIÓN TIPIFICADOS DE FORMA *EXPLÍCITA*

De entrada cabe reconocer que el legislador, dentro de su respectivo ámbito de configuración, está perfectamente facultado para desarrollar los requisitos que orientan cada causa de justificación, por lo que, en principio, no existe ningún tipo de prohibición o límite sobre este específico aspecto en particular. Lo anterior aplica por igual para las exigencias de carácter fáctico como para aquellas que por el contrario tengan algún tipo de naturaleza subjetiva.

¹¹ JAKOBS, G., Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, Madrid, Marcial Pons, 1995, pp. 431 ss.

¹² FRISTER, H., Derecho penal. Parte general. 4a. ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2016, pp. 285 ss.

¹³ HILGENDORF, E./VALERIUS, B., Derecho penal. Parte general, Buenos Aires, 2017, pp. 101 ss., analizándolo sin embargo en cada permiso en particular.

¹⁴ OTTO, H., Manual de Derecho penal. Teoría general del Derecho penal. 7.ª ed., Barcelona, Atelier, 2017, pp. 174-175.

¹⁵ MORALES PRATS, Fermín: Coord., El nuevo Derecho penal español: Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz, 2001, p. 828.

En todo caso, en el evento de considerar necesarios requisitos subjetivos específicos aplicables a los permisos, el legislador preferiblemente ha de ser lo suficientemente claro y preciso al respecto, de suerte que, en tal orden de estimaciones, dichas exigencias deberían quedar consagradas de manera *explícita* e inequívoca en la redacción del correspondiente tipo penal permisivo, por lo que no debería existir vaguedad, imprecisión o alguna redacción gaseosa que ponga en duda la exigencia de un ingrediente en dicho sentido. Miremos el siguiente ejemplo: Conforme a lo señalado por Roxin, existe en la Ley de enjuiciamiento criminal alemana (StPO) una competencia por orden de importancia con miras a intervenir en la esfera jurídica individual de libertad de la persona. En primer lugar, dicha competencia radica en cabeza de los jueces; en segundo lugar, tienen competencia la Fiscalía y sus funcionarios auxiliares; a los funcionarios de policía asiste esta misma competencia, en tercer lugar; y, finalmente, en el último escalón, toda persona está igualmente facultada para efectos de, provisionalmente, privar a otro sujeto de su libertad¹⁶. En relación a este último caso, valga precisar, los eventos de retención provisional por parte de particulares, el Parágrafo 127-1 de la Ley de enjuiciamiento criminal de Alemania señala que «Si alguien es sorprendido *in fraganti* o perseguido desde el mismo instante de la realización del hecho, cualquier persona está autorizada a detenerlo provisionalmente, aun cuando no exista una orden judicial, si sospecha que dicho sujeto puede huir o si no puede comprobar su identidad de manera inmediata»¹⁷.

Como se puede advertir, la norma en comento tipifica un permiso mediante el cual se autoriza la realización de un comportamiento en el contexto de la situación allí debidamente definido y mediante el cual se hubiese configurado un tipo penal que sea imprescindible para llevar a cabo la respectiva detención¹⁸. Pero para que el comportamiento sea ajustado a Derecho, el legislador alemán exigió de manera expresa, clara y detallada, la concurrencia de un ingrediente de carácter subjetivo específico que así las cosas indefectiblemente ha de concurrir en el autor al momento mismo de llevar a cabo el despliegue de la respectiva actividad, esto es, la detención de otra persona.

¹⁶ ROXIN, Claus, Derecho procesal penal, 25.ª ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, pp. 250-251.

¹⁷ En España existe una causa de justificación de este mismo jaez, consagrada en el artículo 491 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.), el cual explícitamente exige un elemento subjetivo de justificación específico al disponer lo siguiente: «El particular que detuviere a otro justificará, si éste lo exigiere, haber obrado en virtud de motivos racionalmente suficientes para creer que el detenido se hallaba comprendido en alguno de los casos del artículo anterior». El artículo anterior al que se refiere la norma comprende los eventos de flagrancia y fuga o rebeldía.

¹⁸ ROXIN, Derecho penal, I., p. 749. En similar sentido, JAKOBS, Derecho penal, pág. 555; WESSELS/BEULKE/SATZGER, Derecho penal, pág. 268; y HILGENDORF/VALERIUS, Derecho penal, pág. 116.

Según el mismo Roxin, para el reconocimiento de esta causa de justificación se hace necesaria la concurrencia de unos presupuestos, a saber: (i) la persona privada provisionalmente de su libertad ha debido ser sorprendida en situación de flagrancia, según un examen objetivo y *ex ante* de la situación; (ii) el hecho en relación con el cual se pregona la flagrancia debe indispensablemente tener la connotación de una conducta punible, por lo que, en sentido contrario, quedan excluidas las contravenciones, los simples actos preparatorios y otros eventos que no alcanzan aquella condición; y (iii) es necesario que en el autor haya existido una sospecha de fuga o una imposibilidad inmediata de comprobar la identidad del detenido¹⁹.

Pues bien, justo en relación con este último requisito, esto es, la existencia de la aludida sospecha en cabeza del autor (sospecha de fuga del detenido) o imposibilidad inmediata de comprobar la identidad de la persona detenida provisionalmente, es que podemos señalar que en este caso en particular el legislador alemán exigió de manera inequívoca, explícita y detallada la concurrencia de un elemento subjetivo específico de justificación. Por ende, si no existió sospecha de fuga en el autor de la detención provisional (por ejemplo, porque el detenido quedó «atrapado» en el lugar), o existió por el contrario la posibilidad inmediata de comprobar la identidad en relación con el sujeto que es sorprendido en flagrancia (v. gr., se trata de un «personaje público»), no podrá en consecuencia reconocerse esta causa de justificación del hecho, pues, en definitiva, no estaría acreditado el componente subjetivo que explícitamente es exigido en este tipo permisivo. Por ello mismo, en estos últimos casos, sobrevendría por lo tanto la ilicitud de la conducta y quedaría pendiente establecer el presupuesto de su culpabilidad (el cual en todo caso podría verse afectado por ejemplo por una situación de error).

Desde luego que en este tipo de casos el autor ha debido asimismo tener la probabilidad de representarse que su accionar está ajustado a Derecho (elemento genérico de justificación que estimamos concretado en dichos términos), por lo que no se puede confundir esta probabilidad de conocimiento de obrar de manera justificada con la finalidad trascendente que de forma explícita exige por añadidura el legislador. Son dos cosas completamente distintas. Pues esta última necesariamente presupone la existencia de aquella. O lo que es igual: no puede obrar con la finalidad específica del caso quien ni siquiera ha tenido la probabilidad de representarse que estaría obrando de manera justificada o conforme a los dictados de una norma que autoriza la realización de su conducta,

¹⁹ Loc. cit., pp. 746 ss.

quien ni siquiera se haya representado la probabilidad de ocurrencia de los presupuestos fácticos de la respectiva causal («dolo eventual de justificación»).

Siendo así lo anterior, cabe por consiguiente concluir que es perfectamente posible que se exija un elemento subjetivo de justificación específico en aquellos eventos en los cuales de manera explícita, detallada, clara e inequívoca lo haya dispuesto el propio legislador. En cuyo caso dicha exigencia deberá ser entendida como un ánimo o intención de tipo trascendente, que va más allá de la simple representación probable de la respectiva situación.

III. ¿ELEMENTOS SUBJETIVOS ESPECÍFICOS DE JUSTIFICACIÓN IMPLÍCITOS?

Un sector de la doctrina entiende que la detención provisional a la que se ha hecho referencia con anterioridad, constituye un típico ejemplo de una causa de justificación mutilada de dos actos, por lo que, en consecuencia, se exige un elemento subjetivo de justificación de tipo trascendente no tipificado expresamente²⁰. Por tratarse de una causa de justificación que obedecería a este tipo de estructura, en la cual por siguiente se exige el despliegue de dos actuaciones, se señala que el comportamiento ya estaría justificado formalmente con el simple hecho de que el autor lleve a cabo su accionar inicial (la retención) con la intención de tipo trascendente, más allá de si en realidad opera o no la justificación material que se concretaría con el despliegue de la segunda actividad (entregar la persona detenida a las autoridades competentes). De hecho, si no se diese esta última situación, bien sea por razones propias (desistimiento) o ajenas (tentativa) a la voluntad del autor, igualmente podría reconocerse la aplicación del permiso de la referencia²¹. Pues, en últimas, al momento del despliegue de la primera actividad (la retención) el sujeto habría obrado con el ánimo o intención especial trascendente no tipificada expresamente y que según se dice se exige en esta causa de justificación en específico. Dicho ánimo, intención o finalidad, es deducida de manera *implícita*, pues es una verdad de a puño que no está expresamente regulada en la norma. Consistiría ello en que el autor ha de llevar a cabo la acción de retención, al momento de realizar la misma (primer acto), con la finalidad de poner a disposición de las autoridades respectivas a la persona que ha sido privada de su libertad habida cuenta haber

²⁰ En este sentido, véase MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos, Los elementos subjetivos en la antijuridicidad, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 351 ss.

²¹ En contra, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, para aquellos casos en los cuales el autor desiste de llevar a cabo el segundo acto o comportamiento. Véase, *op. cit.*, p. 364.

sido sorprendida en situación en la que se dan todos y cada uno de los requisitos de la flagrancia. Por ello, la conducta estaría ya justificada de forma anticipada (se adelanta la barrera del permiso), esto es, con el simple hecho de que el autor hubiese obrado en su momento inicial con la finalidad en mención.

Al respecto, importa en este punto transcribir de nuevo a Roxin, quien sin embargo parece de entrada mostrarse crítico sobre el particular al señalar que «Una excepción sólo aparente al principio de que el elemento subjetivo de justificación presupone sólo el dolo de justificación, es decir, la actuación con conocimiento de la situación justificante, y no ulteriores opiniones y finalidades la constituyen las llamadas por Lampe causas de justificación mutiladas de dos actos, entre las cuales el ejemplo paradigmático lo ofrece el párrafo 127 StPO. Cuando alguien detiene a otro dándose los requisitos del párrafo 127 StPO, sólo está de hecho justificado cuando lo hace para conducirlo para su procesamiento penal. Sin embargo esto se basa en que ya objetivamente el desvalor del resultado de las detenciones ilegales existentes en la detención sólo se elimina desde el momento en que sea el paso previo a ponerle bajo custodia oficial. Y el sujeto debe haberse representado esto. El mismo está justificado, aun cuando no haya procedido a la detención en interés de la persecución penal, sino, p.ej., sólo para deshacerse de un adversario»²².

En esto entonces estamos de acuerdo con Roxin cuando señala que este pareciera ser un caso en el que excepcionalmente se requieren elementos subjetivos especiales de justificación, pero sólo *aparentemente*; y coincidimos en esta afirmación por cuanto somos del criterio que ningún elemento que no esté expresamente regulado en la ley puede ser supuesto o deducido *implícitamente* como exigencia o condición para el reconocimiento de una norma que en el campo penal permite la realización de un comportamiento. Esto, en efecto, por virtud del principio de legalidad. Ciertamente, suponer que *implícitamente*, según la naturaleza de la norma, se requieren de componentes que en verdad no son expresamente exigidos por el legislador, es una forma subrepticia de menoscabar el principio en cuestión. Con mayor razón si tenemos en cuenta que, en estos casos, por añadidura, se está en presencia de normas de naturaleza permisiva que reconocen el ejercicio del derecho de libertad jurídica, en cuyo evento, adicionar más requisitos de los que están tipificados en la ley, va en contra de la aplicación del supuesto de hecho propiamente dicho, restringiendo de esta manera su reconocimiento y por ello mismo haciendo mucho más difícil su aplicación, pues, en últimas, a mayor número de exigencias (*implícitas* en este caso), menos espacio quedará para el ámbito de configuración

²² Derecho penal, I, p. 600.

de la libertad jurídica. Los tipos penales permisivos, por pertenecer al ámbito de la licitud, han de interpretarse de manera extensiva y no de forma restrictiva, como en últimas termina sucediendo cuando se exigen requisitos *implícitos* que por su misma naturaleza no se hallan expresamente disciplinados en la respectiva norma que regula su aplicación.

Por ello consideramos que, de cara a permisos como el que ahora ocupa nuestra atención, no resulta de recibo sostener un ánimo de tipo trascendente consistente en que la persona ha de llevar a cabo la acción de retención con la finalidad de poner a disposición de las autoridades respectivas al sujeto que ha sido privado de su libertad, habida cuenta haber sido sorprendido este último en situación de flagrancia. Esto, en efecto, es algo que explícitamente no está regulado en el permiso respectivo. Con lo cual, el único elemento subjetivo, éste sí explícitamente regulado en dicha causal de justificación, sería que el sujeto obrase impulsado por una sospecha de fuga o por la imposibilidad inmediata de comprobar la identidad del detenido²³, lo cual supone, desde luego, según lo manifestado ya con anterioridad, que el autor ha debido asimismo tener la probabilidad de representarse que su accionar está ajustado a Derecho, o quizá mejor, ha debido obrar con representación de probabilidad de configuración objetiva del precepto permisivo («dolo eventual de justificación»), para este caso, fundado en la existencia de la situación de flagrancia.

En consecuencia, los únicos elementos subjetivos de justificación que legítimamente pueden ser exigidos son aquellos que, según lo precisamos con anterioridad, de manera clara, expresa, inequívoca, determinada y explícita son así exigidos por la propia ley o por el respectivo precepto que autoriza la realización del hecho en cada caso en específico. Fuera de ellos, no pueden imponerse requisitos adicionales de manera *implícita* como exigencia de un ánimo de tipo o de naturaleza trascendente, so pena de violar el principio de legalidad.

En esto entonces compartimos las afirmaciones del autor español C. Martínez-Buján Pérez, quien considera que es inadmisibles sostener la existencia de elementos subjetivos especiales de carácter *implícito* como regla general²⁴. Sin embargo, no obstante lo anterior, dicho autor en últimas termina reconociendo, de manera excepcional, la existencia de este tipo de elementos en rela-

²³ En el caso español, conforme a lo dispuesto por el artículo 491 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.), el elemento subjetivo expresamente exigido por el legislador consistiría en que el sujeto haya «... obrado en virtud de motivos racionalmente suficientes para creer que el detenido se hallaba comprendido en alguno de los casos del artículo anterior», esto es, eventos de flagrancia, fuga o rebeldía, según las precisas voces del artículo 490 *ibidem*.

²⁴ Los elementos subjetivos, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 333-334.

ción con aquellas causas de justificación que obedecen a la estructura de normas mutiladas de dos actos, con lo que, según venimos de ver, no estamos de acuerdo por las razones de legalidad que precisamente se vienen de examinar.

IV. ¿ELEMENTOS SUBJETIVOS ESPECIALES NO TIPIFICADOS EN LAS LLAMADAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN DE RESULTADO CORTADO?

Otro sector de la doctrina entiende que las causas de justificación –o algunas de ellas-²⁵ responden a la estructura de tipos penales de resultado cortado, diferenciándose de las llamadas causas de justificación mutiladas de dos actos en que, en aquellos eventos, no se requiere la realización de un segundo comportamiento. Con lo cual, en estos otros casos, igualmente, la justificación viene dada de forma o de manera anticipada, con la condición, según se dice, de que en el autor concurra el elemento subjetivo de justificación de tipo o de naturaleza trascendente, lo cual estaría orientado a que el sujeto obre con el propósito de salvaguardar el respectivo bien jurídico, sin que sea necesario que el resultado, o, quizá mejor, el valor positivo de resultado (la salvaguarda efectiva del bien) sobrevenga como consecuencia de la realización de la respectiva acción de salvamento. Como señala C. Martínez-Buján Pérez, «Vaya por delante que, a mi juicio, no hay duda alguna de que, en efecto, la legítima defensa, el estado de necesidad e incluso el cumplimiento de un deber, el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, despliegan sus efectos antes de que el resultado valioso llegue a producirse, puesto que es suficiente con que se emprendan actos encaminados a conseguir dicho resultado. Basta con ‘obrar’ en una situación justificante (de defensa, de estado de necesidad, de cumplimiento de un deber, de ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo) para que se aplique alguna de esas causas de justificación descritas en el artículo 20 CP»²⁶.

Sin embargo, por las mismas razones que adujimos con anterioridad a propósito de las causas de justificación mutiladas de dos actos, somos del criterio que en estos otros supuestos –tipos permisivos de resultado cortado–, un elemento subjetivo de carácter especial en dicho sentido no es de recibo como quiera que, sin más, el mismo no es exigido expresamente por el legislador. Se insiste, sólo podrá tenerse como elemento subjetivo de justificación trascen-

²⁵ GIL GIL, Alicia, La ausencia del elemento subjetivo de justificación, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni, 2006, pp. 23 ss.

²⁶ Los elementos subjetivos, 2021, p. 377.

dente, aquellos elementos que de manera explícita regule la respectiva norma o tipo penal permisivo.

En consecuencia, no estamos de acuerdo con aquellos autores que, como Gil Gil, apuntan a entender que algunos –o la mayoría– de los permisos operan como tipos penales de resultado cortado y, por ende, requieren de elementos subjetivos de tipo trascendente, con lo cual, a criterio de estos mismos autores, se ampliaría el ámbito de su consecuente aplicación. Todo lo contrario, exigir más requisitos de los que exige la ley, restringe su funcionamiento y operatividad, pues, como ya lo hemos dicho, a mayor exigencia, menos margen de maniobrabilidad tendrá la aplicación de la respectiva causal. Entre otras cosas, porque si el elemento subjetivo trascendente en los tipos penales permisivos de resultado cortado, consiste en que el autor obre orientado a la salvaguarda del respectivo bien jurídico, como lo sostienen los autores de la referencia, no se alcanza a apreciar o a percibir ninguna diferencia con la postura que simplemente entiende que el elemento subjetivo de justificación (de carácter genérico) se agota en el simple conocer y querer obrar bajo los efectos de una causa de justificación o del respectivo tipo penal permisivo.

En verdad, quien de esta manera se comporta, quien lleva a cabo una conducta que se acopla a un permiso, conociendo y queriendo obrar bajo sus respectivas consecuencias, es porque de una u otra manera está orientado por la finalidad de dejar a salvo el correspondiente bien jurídico en el caso particular (lo uno va de la mano con lo otro, algo así como un dolo de segundo grado o consecuencias necesarias), más allá de que en él pueden perfectamente concurrir otros móviles distintos como por ejemplo ánimo de venganza, intención de afectar a su enemigo, deshacerse de una persona que le resulta incómoda, etcétera, eventos estos que, en todo caso, no eclipsarían en últimas la aplicación del respectivo permiso.

Sostener que todas, algunas o la mayoría de las causas de justificación se corresponden con la estructura de los tipos de resultado cortado, en mi entender, termina conduciendo a la tesis de la justificación *exclusivamente* subjetiva del hecho que entiende o construye el injusto y su opuesto únicamente a partir de la idea rectora del desvalor de acción.

V. ¿ELEMENTO SUBJETIVO ESPECIAL DE EXAMEN CONFORME A DEBER?

Con respecto a algunos tipos penales permisivos (estado de necesidad justificante, consentimiento presunto, salvaguarda de intereses legítimos y ejercicio

del cargo), además del elemento subjetivo genérico de justificación propiamente dicho, se exige por algún sector, de manera adicional, que el autor que invoca sus efectos de exoneración de responsabilidad penal haya llevado a cabo en relación con la situación en concreto un examen conforme a deber. De lo contrario, en caso de no haberse procedido de esta forma, no sería posible el reconocimiento de la causa de justificación correspondiente, por más que se den los requisitos objetivos del tipo permisivo y por más que el autor, incluso, los hubiese conocido y/o hubiese querido obrar bajo sus respectivos presupuestos²⁷.

Roxin da cuenta de un ejemplo que ilustra la situación, valga señalar, el del ejercicio de un cargo público, concretamente, el de un uniformado que procede a la detención de un sujeto en relación con el cual existen serios indicios de la comisión de un punible y se dan todos y cada uno de los requisitos que según la legislación procesal respectiva permiten proceder al respectivo arresto en los términos así indicados, aspectos todos estos que fueron correctamente supuestos por el policial y que provocaron su respectiva intervención²⁸. Conforme a la postura que exige en los permisos la concurrencia de un elemento subjetivo de justificación, en este caso sería completamente procedente la aplicación directa del permiso de ejercicio del cargo ya que, por un lado, se dan los requisitos objetivos de la norma permisiva, amén que, por otra parte, el autor asimismo los conoció plenamente y –más todavía– actuó decidida y razonablemente a causa de los mismos, motivado por su realización. Empero, si, además de todo ello, como *plus* se exigiese el mencionado examen conforme al deber, las consecuencias necesariamente tendrían que ser distintas o valoradas de otra forma. Pues, en el ejemplo de Roxin, el uniformado ciertamente supuso la concurrencia de los requisitos anteriormente señalados (y actuó orientado por ellos), no empece lo cual no llevó a cabo un análisis concienzudo y detenido sobre la verdadera concurrencia de los mismos. Motivo por el cual, siendo ello así, lo que sobrevendría sería la declaratoria de responsabilidad penal a título doloso (consumado o por un injusto atenuado), en este caso por el punible correspondiente a la detención que en este mismo orden de ideas, devendría a todas luces completamente ilegal.

Así analizadas las cosas, claramente se advierte entonces que existe una posición que en materia de tipos penales permisivos exige una especie de examen conforme a deber, con lo cual el autor ha debido examinar de forma seria y cuidadosa, completamente diligente, sin ningún tipo de incuria, la concurrencia o no de los requisitos objetivos de justificación en el caso específico o

²⁷ ROXIN, Derecho penal, I, p. 591.

²⁸ Loc. cit., p. 592.

particular. Esto, como se viene de ver, más que todo se exige en relación con ciertas causas de justificación, dependiendo de si comportan o no un derecho de agresión y los consecuentes deberes de tolerancia o de soportar dicha situación de salvación de un bien jurídico.

Sin embargo, estas exigencias, en nuestro sentir y en nuestra opinión, resultan extremas, extravagantes y, de contera, completamente improcedentes. Pues si la persona conoció y quiso actuar bajo los efectos objetivos de una norma permisiva (como en el ejemplo propuesto), los cuales efectivamente han sucedido y se han constatado en el mundo real, no sería posible reconocer la justificación por ausencia del concienzudo examen conforme a la situación en sí misma considerada y habida cuenta la «ligereza» con la cual en últimas se terminó desplegando la conducta o el comportamiento, solución que desde luego resultaría completamente absurda e irracional, por lo menos en nuestro sentir, según se viene previamente de precisar.

Por nuestra parte, al igual que lo considera Roxin –postura que plenamente se comparte en relación con este ítem–, una exigencia en tal sentido conduciría a resultados completamente incorrectos y desacertados, como justo sucedería en el ejemplo anteriormente planteado, tornando casi que inaplicable en la vida práctica las causas de justificación del hecho, por ir en contra abiertamente de las reglas de la experiencia y la forma como normalmente suceden las cosas en el diario vivir. Como lo expone Roxin, esta postura debe ser rechazada como quiera que el examen conforme a deber «... conduce al resultado insostenible de que alguien que no ha examinado suficientemente los presupuestos de la justificación habría de ser castigado por delito doloso, incluso cuando concurre una causa de justificación y el sujeto ha actuado suponiendo su concurrencia. Pero esto resulta inaceptable, pues falta tanto un desvalor de resultado como también un desvalor doloso de la acción, dado que el resultado es objetivamente correcto y la finalidad del sujeto coincide con los mandatos del Derecho»²⁹.

²⁹ Loc. cit., p. 592. Siguiendo una postura crítica al respecto, y con mucho más detalle, TRAPERO BARREALES, M., El examen conforme a deber, en Est. Pen. en memoria Valle Muñiz, 2001, pp. 832 ss.

CAPÍTULO XX

LEGÍTIMA DEFENSA EN EL ÁMBITO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO: LA NECESIDAD RACIONAL DEL MEDIO EMPLEADO

MANUEL ARÁUZ ULLOA

Catedrático de Derecho Penal. Ex Decano de la Facultad de Derecho,
UCA (Nicaragua). Doctor en Derecho por la Universidad de Alcalá, Madrid.
Patrono de la FICP

Con muchísima satisfacción acepté, ya desde hace algún tiempo, participar en este libro homenaje en honor de Javier de Vicente Remesal, quienes hemos tenido el placer de conocerle, personal y académicamente, sabemos que está más que merecido. Su valía académica es innegable, de eso hablan tantos años dedicados a la Universidad –no solo como catedrático, sino también en cargos de gestión de alta responsabilidad– y también sus innumerables publicaciones y contribuciones a la ciencia del DP que le han valido los más altos reconocimientos del ámbito universitario iberoamericano. En el ámbito personal puedo destacar su humildad y amabilidad, siempre dispuesto a colaborar con todos y, en mi caso, muy particularmente le agradezco su amistad.

I. CUESTIONES INTRODUCTORIAS

1. El caso de examen

En la noche del 31 de diciembre del año 2021 la pareja conformada por Flor y Yader se dirigieron a la casa del padre de ésta a celebrar las fiestas de fin

de año. En ese lugar, en presencia de varias personas tuvieron una discusión, por lo que, a eso de la una de la mañana –ya del 1 de enero de 2022– Flor decidió regresar a su casa, «se cambió de ropa y se dispuso a acostarse, veinte minutos después a la misma vivienda se presentó su compañero de vida Yader», a quien Flor abrió la puerta, inmediatamente éste «le reclamó [con relación a] un comentario que momentos antes [Flor] le había hecho» y que se relacionaba con su madre. La discusión se tornó violenta, Yader manifestó a Flor «que ahora si la mataría y de inmediato del costado este de la sala, sobre la mesa del comedor [tomó] una cuchara de cocina de unos treinta centímetros de largo, niquelada, con la que propinó un golpe en la parte superior izquierda del abdomen», Flor, «se dirigió al área de la cocina de la casa y tomó de la gaveta de un mueble de madera (...) un cuchillo de hoja metálica de 30,5 cm de largo por 3 cm de ancho, con el que amenazó a Yader manifestándole que se fuera de su casa», seguidamente, «haciendo uso del cuchillo antes descrito, procedió a realizarle una herida de 15 x 6 cm en el tercio discal del brazo derecho, cortando planos musculares y lacerando la arteria braquial derecha», lo que le provocó la muerte a causa de «shock hemorrágico».

Tramitada la causa ante el Juzgado Segundo de Distrito Penal de Juicio del Departamento de León, el juez de instancia encontró culpable a Flor del delito de Parricidio y la condenó a 15 años de prisión (la mínima establecida para este tipo penal). De la sentencia dictada la defensa recurrió de apelación argumentando, como agravio principal, que no se tomó en cuenta el «alegato de legítima defensa por parte de la acusada para repeler la agresión que inició con agresión verbal y que iba en escalada hasta llegar a la agresión física, que fue lo que hizo que la acusada, en aras de proteger su vida, se vio en la necesidad de utilizar el cuchillo», resultando «que en el forcejeo con el [agresor] acabara por cortar una de las arterias que le provocó la muerte».

El Ministerio Público, por su parte, al contestar los agravios, señala que la valoración de la prueba realizada por el juzgado *A quo* es concluyente y ajustada a Derecho, al señalar «que existe una desproporción entre el objeto con el que la víctima agredió a la acusada [un cucharón –metálico– de cocina] y el cuchillo con el que la acusada privó de la vida a la víctima».

La Sala Penal del Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Occidental (Sentencia No. 477-22 del 06/09/2022), estableció que de una valoración conjunta de la prueba evacuada en juicio se desprende que «el quid del asunto radica [en determinar si es acertada] la valoración que hace el juzgado *A quo* al afirmar que el medio utilizado por la acusada es desproporcionado en relación con el acto de agresión propinado» por el occiso, al punto que nos lleve a descartar la legítima defensa.

Sobre la cuestión controvertida, la Sala de Apelación, sostuvo que «los medios utilizados para la defensa (de una agresión ilegítima) no tienen que ser iguales a los utilizados por el agresor, sino aquellos que estén a su alcance al momento de defenderse», en el caso sometido a conocimiento de la Sala se afirma que es evidente que la acusada «utilizó lo que tenía a mano en ese preciso momento para defenderse ante la agresión de su pareja» porque, «de no haber actuado la acusada en su defensa estaríamos ante un femicidio [consumado] o un femicidio frustrado», de manera pues que «debe considerarse que estamos frente a una causa de justificación (...) que exime de responsabilidad penal a la acusada Flor» [concluyó].

El Ministerio Público recurrió de casación y la causa se encuentra en tramitación ante la Sala de lo Penal de la CSJ.

2. La cuestión controvertida

Aunque la cuestión controvertida en el caso particular analizado, es si se debe tener cumplido el requisito de la necesidad racional del medio empleado para defenderse, aunque no haya proporcionalidad entre los medios o instrumentos utilizados, debe reconocerse que, cuando hablamos de los hechos ocurridos en el ámbito de la violencia género, la cuestión pone sobre la mesa un problema de mucha mayor envergadura: el tema de la violencia y los medios –y remedios– para contrarrestarla. En efecto, en los últimos 30 años éste ha sido el tema de discusión, ha impactado en el ámbito penal de muy diversas maneras: en primer término, quizá el más visible, a través de una muy especializada legislación que tipifica como delitos innumerables formas de violencia contra la mujer (violencia física, psicológica, laboral, institucional, sexual, económica-patrimonial, entre otras; en segundo término, asumiendo –institucionalmente– el imperativo de interpretar las figuras jurídicas existentes, con una visión de género y, finalmente, ha hecho que la discusión sobre las causas de exclusión de la responsabilidad penal sean hoy en día un verdadero campo de batalla en el que, por un lado, están aquellos que, fieles a la concepción tradicional, entienden como suficientemente precisos y claros (que no requieren una reinterpretación) los requisitos exigidos por la legislación para cada una de estas eximentes (sea que afecten a la antijuridicidad o a la culpabilidad) ¹.

¹ En particular sobre la legítima defensa, PÉREZ MANZANO, Algunas claves del tratamiento penal de la violencia de género: acción y reacción, RJUAM, 34, 2016-II, p. 53; tb., SUÁREZ LÓPEZ, legítima defensa frente a agresiones de violencia doméstica, en: Morillas Cueva (coord.), Estudios sobre violencia doméstica, 2002, pp. 258 ss.

Por otro están quienes sostienen que, al ser el derecho penal una construcción normativa elaborada desde una visión androcéntrica que excluye a la mujer, se deben elaborar requisitos adicionales y prerrogativas especiales en las que se tenga en cuenta de manera explícita la situación de maltrato, violencia y discriminación a la que históricamente ha sido sometida²; finalmente, están quienes sostienen que aun manteniendo los requisitos objetivos existentes, lo que se debe realizar, a la hora de interpretar las normas y, sobre todo al momento de aplicarlas, es tener en cuenta esa especial situación en la que se encuentra la mujer maltratada y su particular percepción del peligro que amenaza sus bienes jurídicos más preciados (vida, integridad, libertad y seguridad), en otras palabras, interpretar esos requisitos con una visión de género³.

De lo anterior resulta que, ante el caso lamentable en el que una mujer que ha sido víctima de maltrato decida (o no encuentre otra alternativa más que) matar al maltratador (el tirano de la casa diría Correa Flórez⁴), utilizando objetos o instrumentos letales ante una situación de agresión actual o inminente (el caso base de esta investigación) o a través de medios que aseguren el resultado de muerte (con alevosía), por ejemplo, en momentos en los que la situación de agresión ha cesado –ya no es actual– (p. ej., el disparo por la espalda, aprovechar el momento en el que el sujeto está dormido o alcoholizado), o casos en los que la agresión aún no ha comenzado pero que es previsible (defensa preventiva), la doctrina actualmente discute entre la aplicación de la eximente de legítima defensa (completa o incompleta), el estado de necesidad defensivo, estado de necesidad exculpante, el miedo insuperable⁵, la atenuante de arrebato u obcecación o, en casos más extremos –en los que el maltrato continuo ha producido una afectación psicológica o psiquiátrica– la eximente de alteración psíquica. Las consecuencias de observar una causa de justifica-

² En esta línea de pensamiento se ubican autores como LARRAURI (Violencia doméstica y legítima defensa: una aplicación masculina del derecho penal, *Jueces para la Democracia*, 1994, p. 23) o DOVA, REEPS, 3, 2018, p. 19.

³ En esta última línea se sitúan LAURENZO COPELLO, En los límites de la legítima defensa: mujeres que matan a sus parejas violentas, en: LH-Luzón, 2020, p. 733. Y ya desde antes en: Mujeres en el abismo, RECPC 21-21, 2019, p. 19; tb., ROA, Mujer maltratada y exclusión de la responsabilidad. Una mirada de género a la legítima defensa y al estado de necesidad exculpante, *novaetvetera*, vol. 21, No. 65, 2012, p. 66; AZCUE, (Re)pensando la legítima defensa desde una perspectiva de género, *Revista Nueva Crítica Penal*, año 1, No. 1, 2019, p. 90 ss.; WALKER, Violencia de género permanente y legítima defensa: Consideraciones a partir de la sentencia rol 648-2021 de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, *Revista de Estudios de la Justicia*, 35, 2021, p. 145 ss.

⁴ Vid. Correa Flórez, Legítima defensa en situaciones sin confrontación: la muerte del tirano de casa, 2016, p. 27 ss.

⁵ Sobre este extremo, detalladamente, JIMÉNEZ DÍAZ, Mujer víctima de violencia doméstica, trastorno de estrés posttraumático y eximente de miedo insuperable, en: Morillas Cueva (Coord.), *Estudios sobre violencia doméstica*, 2002, p. 287-313.

ción (en donde la mujer que reacciona en contra de su agresor actúa «correctamente» desde el punto de vista del Derecho) respecto de aplicar una causa de atenuación o de exclusión de la culpabilidad (la mujer no actuó correctamente, pero se le disculpa, o se le rebaja la pena), son evidentes⁶.

Por lo demás, y un plano en el que resulta de mucha utilidad el apoyo de otras ciencias, desde que Walker puso sobre la mesa las distintas fases en las que se desarrolla el denominado ciclo de la violencia o los padecimientos que identifican el síndrome de la mujer maltratada⁷, pasando por los aportes de Stark⁸ sobre la teoría del control coercitivo, hasta llegar a las importantísimas aportaciones –y llamados a la atención sobre el problema– que desde el ámbito del Derecho Penal ha realizado Larrauri⁹, trayendo a éste ámbito posturas que ya desde la década de 1970 las feministas y criminólogas norteamericanas comenzaron a defender¹⁰. En un esfuerzo de síntesis diríamos que Larrauri evidenció que bajo una pretendida neutralidad de las normas se ocultaba una «perspectiva masculina» que toma «como medida de referencia a los hombres»; que la exigente de legítima defensa, desconoce la situación particular de las mujeres agredidas para quienes no es una opción «golpear con las manos» o «matar con un arma» cuando se enfrentan a un hombre que desde todo punto de vista las supera.

II. LA EXIMENTE DE LEGÍTIMA DEFENSA

Se trata de una de las causas de exención de la responsabilidad criminal más extendida en el ámbito legislativo, salvo pequeños matices en cuanto a sus requisitos, todos los códigos penales la contienen¹¹. Sin duda que Luzón Peña

⁶ Así, RUSCA, Sobre la propuesta de prescindir del requisito de la inminencia de la agresión para la procedencia de la legítima defensa en contextos de violencia de género, Foro, Nueva época, vol. 24, núm. 2, 2021, p. 219.

⁷ Cfr. CHIESA, Mujeres maltratadas y legítima defensa: La experiencia anglosajona, Revista Penal, 20, 2007, p. 51 s.; tb. Correa Flórez, 2016, p. 40 ss.; tb., SIERRA CAMPOS, Aproximación a la defensa preventiva en el caso del tirano familiar: ¿necesitamos una teoría del control coercitivo?, *Ius et Praxis*, año 28, N.º 2, 2022, 163 ss.

⁸ Vid. HANDL, Mujeres abusadas que matan: una mirada de género a la legítima defensa y al Síndrome de la mujer golpeada en el Derecho canadiense desde el caso *Rv. Lavalle*, Revista Jurídica Austral, Vol. 1, No. 2, 2020, p. 744 ss.

⁹ LARRAURI, JDEm, 1994, p. 22-23.

¹⁰ Al respecto, HANDL, RJA, Vol. 1, N.º 2, 2020, p. 678.

¹¹ Como sostienen HERRERA/SERRANO/GORRA (Legítima defensa y violencia de género en situaciones no confrontacionales. Un estudio de la doctrina y la jurisprudencia argentina, Cuadernos de Derecho Actual, 16, 2021, p. 81), «se trata de una de las categorías de la teoría del delito más universalmente aceptada».

es uno de los que más ha tratado la temática, desde su magnífica monografía del año 1978 hasta sus escritos más recientes, dan muestras de que este autor se ha preguntado por casi todas las cuestiones problemáticas que atañen a la figura en cuestión¹², ha ofrecido una interpretación y delimitación de su alcance y contenido, constituyéndose en referente obligatorio para cualquier intérprete que intente solucionar los casos más complicados, incluyendo por supuesto casos como el que nos ocupa, en donde la víctima de la violencia machista se convierte más tarde en victimaria¹³.

En cuanto a su fundamento, puede decirse que es prácticamente unánime la tesis –dualista– que defiende la existencia tanto de un fundamento *individual*, de protección y defensa de bienes jurídicos de carácter personal, y un fundamento *supraindividual*, circunscrito a la defensa y reafirmación –o prevalecimiento– del Derecho mismo – en otras palabras, del ordenamiento jurídico-¹⁴. Respecto de sus requisitos legales –en general y salvo pequeñas variaciones– estará exento de responsabilidad penal quien: «Actúe en legítima defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes: a) Agresión ilegítima; (...) b) Necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión; c) Falta de provocación suficiente por parte del defensor. De ellos nos ocuparemos con más detalle en los apartados que siguen.

1. Agresión ilegítima

Se trata de un requisito esencial, la agresión que da lugar a la legítima defensa debe ser una conducta (acción u omisión) que dolosamente intente lesionar o, al menos, poner en peligro de forma significativa, bienes jurídicos de carácter personal¹⁵. Con ello se quiere significar, por una parte, que no podrá hablarse de agresión cuando ésta proviene de ataques de un animal –frente

¹² LUZÓN, Aspectos esenciales de la legítima defensa, Barcelona, Bosch, 1978. Tb., Lecciones de Derecho Penal, Parte General. Con notas de DP nicaragüense, 3.ª Ed., Managua, UCA, 2017, 23/1 ss., p. 527 ss.

¹³ Se trata, en palabras de BUOMPADRE (RPP, 214, 2022, p. 2.), de casos «de violencia de género invertida», de la mujer que ejerce violencia contra el varón en defensa de sus derechos».

¹⁴ Sin ánimo de exhaustividad, entre otros, ROXIN, DP, PG I, 1997, p. 608; LUZÓN, Lecciones, 3ra, 2017, 23/4-6, p. 528; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, Derecho Penal, Parte General, 7.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 320; OLAIZOLA, LH-Luzón, 2020, p. 915; HERRERA/SERRANO/GORRA, CDA, 16, 2021, p.81; ROA, novaetvetera, vol. 21, N.º 65, 2012, p. 51 s; VILLEGAS, Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar. Mujeres homicidas y exención de responsabilidad penal, Revista de Derecho, vol. XXIII, N.º 2, 2010, 152; CORREA FLÓREZ, 2016, p. 285 ss.

¹⁵ LUZÓN, Lecciones, 3ra, 2017, 23/11 ss., p. 529; tb., HERRERA/SERRANO/GORRA, CDA, No. 16, 2021, p. 82.

al cual si podría caer el estado de necesidad defensivo¹⁶—, ni de aquellas lesiones o puestas en peligro debidas a imprudencia, o aquellas que afecten bienes jurídicos colectivos o de la comunidad, en este último caso, el ciudadano no está legitimado para defender una perturbación del orden público, a menos que, al mismo tiempo, se vean afectados sus derechos [individuales]¹⁷.

a) AGRESIÓN ANTIJURÍDICA

Como se podrá notar, asumimos que debe tratarse de una conducta anti-jurídica, y no sólo con carácter de antijuridicidad general, sino que además la agresión debe constituir un tipo delictivo sancionado con pena por el Derecho Penal —una acción típica y antijurídica—¹⁸, y aunque cierto es que toda conducta delictiva es de por sí una conducta antijurídica, no toda acción antijurídica es un hecho delictivo que dé lugar a esta causa de justificación (p.ej. la falta del pago de arrendamiento pactado es un hecho antijurídico, pero no es un tipo delictivo sancionado por Derecho Penal)¹⁹. Desde el ámbito material de la antijuridicidad compartimos, con Luzón²⁰, que no es necesario que la conducta lesione o esté dirigida a lesionar (afectar, dañar, destruir o menoscabar) un bien jurídico de carácter personal, sino que también constituye una agresión suficiente para dar lugar a la legítima defensa aquella que lo ponga en peligro de manera significativa (un peligro real y concreto).

Tomando como base lo afirmado anteriormente, podemos adelantar que, a nuestro parecer, en los casos de violencia reiterada contra la mujer, aquellos que la sitúan en un estado de alerta permanente [un peligro que se cierne sobre ella o, con Lorenzo Copello, «un riesgo constante para la vida e integridad física suficiente para afirmar la actualidad del peligro»²¹], bastará con constatar ese extremo de peligro real y concreto, de que las amenazas, los golpes o los atentados contra la libertad —en sus distintas facetas— están próximos a concretarse —en cualquier momento cercano—, para dar por acreditada la inminencia de la agresión y con ella la necesidad de defenderse de ese peligro real, próximo y concreto, contra sus más preciados bienes ju-

¹⁶ A salvo queda el caso de que el animal sea manejado por un ser humano, en estos casos, sostiene LUZÓN (Lecciones, 3.ª 2017, 23/21 s., p. 532), sí que estará amparado en legítima defensa el daño que se cause al animal en tanto propiedad del agresor. En el mismo sentido, ROXIN, DP, PG I, 1997, p. 611.

¹⁷ ROXIN, DP, PG I, 1997, p. 608.

¹⁸ LUZÓN, Lecciones, 3.ª 2017, 23/28 ss., pp. 534 ss.

¹⁹ Con un ejemplo similar, ROXIN, DP, PG I, 1997, p. 614.

²⁰ LUZÓN, Lecciones, 3.ª 2017, 23/11, 15, p. 530.

²¹ LAURENZO COPELLO, LH-Luzón, 2020, p. 738.

rídicos de carácter personal. No aplicaría por tanto el peligro abstracto o lejano, ese peligro de agresión o malos tratos que en la relación de pareja podría algún día suceder, «o tal vez no».

Nosotros no llegamos a sostener que los actos propios de la violencia de género constituyan un delito permanente (cómo si lo son el delito de secuestro o las detenciones ilegales en donde el estado antijurídico se actualiza con el tiempo, o como los delitos de suplantación de identidad o el matrimonio ilegal, en el que se crea un estado antijurídico –permanente-). Lo que nosotros sostenemos es que, muchas de las acciones agresivas propias de la violencia machista, y particularmente cuando se producen de manera reiterada –al grado tal de constituir un «patrón de conducta abusiva»²²–, derivan en la producción de una situación de peligro –real y concreto– que resulta ser inminente (objetiva y subjetivamente). Es la existencia del peligro lo que permanece, no las agresiones –delictivas o no– que pudieron haber ocurrido en el pasado cercano y que lo hicieron surgir.

Se debe reconocer no obstante que, desde otro o punto de vista –quizá muy cercano al nuestro–, hay quienes sostienen que en los casos de mujeres víctimas de violencia podría configurarse una situación de agresión –no de peligro de agresión– que resultaría ser permanente. Así como nadie podría tener objeción en afirmar la legítima defensa respecto del secuestrado que mata a su secuestrador, sostiene Olaizola, en el caso de la violencia machista no podría observarse acaso un conjunto de acciones –delictivas– continuadas (entre las cuales estarían, posibles delitos de coacciones, de agresión sexual, de lesiones, de amenazas, de detenciones ilegales, etc.), que configuren «una agresión permanente» o, como –incluso gráficamente– lo plantea Correa Flórez, una «agresión continua» que sería la base legal suficiente para afirmar la agresión y la necesidad de la defensa²³. En sentido parecido se expresan, entre otros, Núñez Paz, Villegas, Agliati, Herrera/Serrano/Gorra y Londoño/Pérez²⁴.

En definitiva, convendría quizá insistir en que, a efectos de la legítima defensa podría bastar, para justificar el acto defensivo, no solamente el acto de

²² CHIESA, RP, 20, 2007, p. 53; tb., CORREA FLÓREZ, 2016, pp. 342 ss.

²³ Cfr. CORREA FLÓREZ, 2016, pp. 353 ss.; OLAIZOLA, LH-Luzón, 2020, p. 918.

²⁴ NÚÑEZ PAZ, Agresión y victimización en la violencia sobre las mujeres, *Revista de Derecho Penal Central*, año IV, N.º 4, 2022, p. 20 s.; VILLEGAS, RD, vol. XXIII, N.º 2, 2010, 157.; AGLIATI, Procedencia de la eximente de legítima defensa respecto de la hipótesis de «agresión incesante» en contexto de violencia de género, *Revista de Ciencias Penales*, 2.ª Época, XLVIII, No. 1, 2022, p. 193; HERRERA/SERRANO/GORRA, CDA, N.º 16, 2021, pp. 87 ss.; LONDOÑO/PÉREZ, Estudio de la legítima defensa en los casos de las mujeres maltratadas, agredidas y violentadas a la luz de la perspectiva de género, *Universidad EAFIT*, Colombia, 2022, 36.

agresión directa y actual –que lo supone de por sí, lo cual no está en discusión–, sino que será suficiente con acreditar la existencia de una situación concreta de peligro para bienes jurídicos de carácter personal. Así sucedería en el ejemplo del cónyuge –o paraje de hecho– que, al enterarse por una llamada telefónica que su pareja ha salido de la casa, la amenaza seriamente con causarle un daño de los que acostumbra realizar en ese tipo de situaciones: «cuando llegue a casa te vas a enterar», por lo que, en estos casos estaría justificado adelantar la defensa antes que esperar que el peligro ya existente se materialice en la lesión del bien jurídico anunciada.

b) AGRESIÓN REAL-AGRESIÓN ACTUAL

La situación de agresión (lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos protegidos penalmente), debe ser real, con ello se trata de excluir para la aplicación de la eximente todas aquellas situaciones que, carentes de un sustento de realidad, sólo existían en la mente del autor o que no sean agresiones propiamente dichas (en el sentido de constituir un injusto penal, aunque sí un ilícito general), por lo demás, pueden darse casos en los que, a la vista de un observador objetivo e imparcial, una agresión que *ex post* se constate como inexistente, haya tenido visos de realidad desde una consideración *ex ante*, al tratarse de un error sobre uno de los elementos objetivos de una causa de justificación, sería correcto observar una legítima defensa putativa con exclusión de la responsabilidad penal o la conformación de un delito imprudente –si es que estuviera tipificado– en dependencia de si el error –de tipo– fuera invencible o no.

El tema de la actualidad de la agresión es, como sostiene Olaizola, uno de los más controvertidos²⁵, sobre todo cuando se trata desde la problemática propia de la violencia de género –y muy particularmente en el supuesto de defensa sin agresión física previa-. Si bien, con criterio general –aunque no esté señalado de forma expresa por la norma– se admite que la agresión, que es lo que permite, como veremos luego, la actuación en defensa de derechos propios o ajenos, debe darse en el momento inmediatamente anterior o concomitante con la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos de carácter personal (aquella «que está teniendo lugar»²⁶), se discute si, en deter-

²⁵ OLAIZOLA, LH-Luzón, 2020, p. 915; tb. RUSCA, FNE, vol. 24, núm. 2, 2021, pp. 227 y 231, para quien la propuesta de prescindir del requisito de la inminencia «es difícil de admitir».

²⁶ ROXIN, DP, PG I, 1997, p. 618.

minados casos –los de violencia de género particularmente– debería bastar con la existencia comprobable de un peligro –real y concreto– de sufrir un atentado (casos de legítima defensa preventiva) o si, también, podría admitirse justificadamente defenderse de una agresión que ha cesado –de momento quizá–, toda vez que el peligro sigue estando vigente. Pero quizá debería tenerse en cuenta también, como sostiene Correa Flórez²⁷, que en muchos casos esta forma de agresión, propia de la violencia de género, viene dada por actos de agresión –no propiamente física– sino de violencia psicológica que la mayoría de los códigos penales –o las leyes especiales más recientes–, incorporan como tipos delictivos.

Con relación al tema de la actualidad, sostiene Luzón, «la agresión comienza a ser actual desde que el peligro que crea [la agresión misma] haga preciso e inaplazable actuar porque de lo contrario haya riesgo de que una posterior defensa sea insegura o ineficaz (...) no es preciso esperar a que la lesión sea inminente»²⁸, pues, como señala Roxin, no tendría ningún sentido para la legítima defensa, esperar «hasta que sea demasiado tarde o casi para tomar contramedidas»²⁹. Y son precisamente las razones apuntadas que me llevan a afirmar que, en determinados casos de violencia de género, es «la propia experiencia [la que] avisa del peligro inminente»³⁰: una expresión, una ofensa, una afirmación, un gesto, un amago, puede marcar claramente el detonante del peligro de lesión y la actualidad de éste frente al cual cabría legítima defensa.

Y lo mismo podría suceder en aquellos casos en los que, si bien la agresión podría estar «formalmente consumada, aún no esté materialmente agotada o terminada»³¹, o el peligro de una nueva agresión –o la continuidad de ésta– subsista, ello puede suceder no sólo en los casos de delitos permanentes o continuados, sino también cuando «el tirano doméstico»³² ha dejado de golpear, violar o ultrajar a su víctima doméstica. En todos los demás casos, concuerdo con Luzón en que, «cuando la agresión ha acabado (...) ya no cabe [la] defensa ni hay necesidad de [ésta]», todo lo demás constituiría un exceso extensivo que acarrea responsabilidad penal³³.

²⁷ CORREA FLÓREZ, 2016, pp. 339 ss.

²⁸ LUZÓN, Lecciones, 3ra, 2017, 23/37, p. 538; tb., PÉREZ MANZANO, RJUAM, 34, 2016-II, p. 54 s.

²⁹ ROXIN, DP, PG I, 1997, p. 619.

³⁰ LAURENZO COPELLO, LH-Luzón, 2020, p. 736; tb., en RECPC 21-21, 2019, p. 21.

³¹ ROXIN, DP, PG I, 1997, p. 621.

³² Con una expresión de DOVA, REEPS 3, 2018, p. 2.

³³ LUZÓN, Lecciones, 3ra, 2017, 23/38, p. 538.

c) ACTUAR EN DEFENSA DE DERECHOS PROPIOS O AJENOS

Para poder valorar en el plano de lo jurídico la agresión ilegítima en los términos ya expuestos, debe constatarse la defensa como reacción lógica de ésta. La persona agredida debe defenderse – o defender a un tercero– del ataque que supone la lesión o el peligro de lesión de un bien jurídico personal, y la defensa se puede materializar de varias formas, en general, y de lo que aquí se trata, es que ésta se materialice a través del ataque a los bienes jurídicos del agresor (anticipándose a –impidiendo– que el peligro se concrete en una lesión, o a través de un contraataque que repela la agresión ya iniciada); pero también puede ocurrir que frente al caso concreto el sujeto opte por no realizar ninguna acción defensiva y decida, más bien, salir corriendo del lugar. No en todos los casos será posible esta última posibilidad, y en la violencia machista raras veces es posible, o incluso podría ser que, al enfurecer al agresor, los actos agresivos se intensifiquen aún más.

De allí que, como sostiene Luzón, y un amplísimo sector de la doctrina, la pretendida subsidiariedad de la defensa, que debe ceder cuando existan otras posibilidades de eludir la agresión misma (o su continuidad), como el huir del lugar, refugiarse en la casa del vecino, acudir donde algún familiar o a la autoridad misma, no es obligatoria, y no puede, por tanto, «afectar en ningún caso a la necesidad abstracta de la defensa, ya que ésta [la necesidad de defenderse del agresor] existe aunque se dieran esas posibilidades alternativas»³⁴.

Aparte de lo anterior, la locución «actuar en defensa» utilizada por la norma hace referencia a que, en el plano subjetivo, la persona que se defiende lo haga con la intención de defender sus bienes jurídicos personales de la acción antijurídica del agresor. Otros móviles distintos al ánimo defensivo, como actuar por rencor, desamor, odio o venganza, o son intrascendentes si en la situación concreta existía una agresión que ameritaba la defensa realizada, o podrían excluir la eximente en los casos de «defensa sin agresión –material– precedente», en estos casos, salvo raras excepciones, las resoluciones de los tribunales se sitúan en los contornos del homicidio agravado, parricidio o asesinato según la legislación de la cual se trate, a este respecto resulta de mucho interés el trabajo –con datos estadísticos de diferentes países– elaborado por Lassalle³⁵.

³⁴ LUZÓN, Lecciones, 3ra, 2017, 23/41, p. 539; tb. PÉREZ MANZANO, RJUAM, 34, 2016-II, pp. 59 ss.; VILLEGAS, RD, vol. XXIII, No. 2, 2010, 158.

³⁵ LASSALLE, ¿Cómo se castiga cuando las mujeres matan? Un estudio sobre el sistema penal argentino, InterNaciones, año 8, No. 20, 2021, pp. 37-60.

d) ADECUACIÓN DEL CASO ANALIZADO A LOS PRESUPUESTOS DE LA AGRESIÓN ILEGÍTIMA

La producción de la muerte de Yader a manos de su pareja, Flor, cumple, sin mayores problemas los presupuestos de la agresión ilegítima. Amén de la existencia o no de una situación de violencia sufrida durante años, extremo que el tribunal no encontró suficientemente probado, no cabe ninguna duda que desde el punto de vista objetivo, acreditado con prueba testifical suficiente, la agresión comenzó con amenazas proferidas en la casa de los suegros de la víctima, que la situación de agresión verbal continuó luego en el domicilio de la pareja y escaló hacia una agresión física con un objeto contuso (una cuchara metálica de cocina) de la cual Flor se defendió con un cuchillo que tomó de los muebles de la cocina. La prueba pericial recabada da cuenta de que hubo una agresión real desarrollada por Yader en contra de Flor, era una agresión actual que ameritaba la realización de una acción defensiva –laceración por arma blanca en el brazo derecho de la víctima con afectación de la arteria braquial– que finalmente terminó con la muerte del agresor.

2. Necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión

Acreditada la existencia de una agresión ilegítima, el medio defensivo que se utilice –por ser un requisito inesencial–, sólo puede dar lugar a la eximente si resulta que es el racionalmente adecuado o, a la apreciación de una eximente incompleta cuando éste resulta ser excesivo (exceso intensivo). A la luz del recurso de casación interpuesto por el MP en el caso de la sentencia que comentamos, resulta ser ésta la verdadera cuestión controvertida, se alega pues que, al utilizar un cuchillo para defenderse de una agresión realizada con una cuchara de cocina, el medio defensivo utilizado resulta ser desproporcionado e irracional.

Si bien, sostiene Luzón con acertada razón, el medio o procedimiento utilizado debe ser *«el menos lesivo posible para el agresor, pero seguro y suficiente para rechazar la agresión [misma], puede haber casos en los que no sea así, dependiendo en el caso concreto de las respectivas condiciones personales de defensor y agresor, de las circunstancias concurrentes, etc»*. Efectivamente, el caso concreto marcará los límites de la racionalidad del medio, habrán de tenerse en cuenta entonces las capacidades físicas de los intervinientes (aquél que se encuentra en desventaja –de contextura, habilidades o destrezas– podrá

compensarla utilizando un medio más contundente para garantizar su indemnidad) y los medios –instrumentos u objetos– defensivos dispuestos a su alcance³⁶, en el caso de la agresión –física o sexual– sufrida en un camino despoblado en la que lo único que se tiene mano es una piedra encontrada en el camino con lo que se golpea al agresor en la cabeza, no hay duda alguna de que ese será el medio «racionalmente necesario», mientras tanto, también concurrirá este requisito sí, ante varios medios o instrumentos existentes, se opta por aquel que resulta más lesivo en aras de persuadir al agresor de que abandone su intento y, en caso de que esto no suceda, garantizar una defensa eficaz, toda vez que, como señala Roxin, el recurso al medio menos lesivo «resulta relativizado por el hecho de que el agredido no tiene por qué correr ningún riesgo»³⁷.

Creo que en estos contornos se sitúa el caso que comentamos, la víctima de la agresión tomó el cuchillo de la cocina porque, en primer lugar, se trataba de un medio suficientemente intimidatorio para lograr su cometido inicial: «amenazó a su compañero de vida (...), manifestándole que se fuera de la casa» y, al continuar la agresión de éste, en segundo término, utilizó el cuchillo para una defensa que resultó ser eficaz, le causó una herida en el brazo que, lamentablemente, le resultó ser mortal. Y teniendo en cuenta que nuestra legislación, en el ámbito de la legítima defensa, no impone una ponderación o juicio de proporcionalidad entre el mal que conlleva la agresión y el que se produce con el ejercicio de la defensa³⁸, no resulta relevante discutir si la víctima de la agresión, acusada luego de parricidio, tenía la intención de (en el siguiente orden) amedrantar, lesionar o matar, el Tribunal, no obstante, parece ser de la opinión de que la intención de la acusada estaba dirigida a lesionar, cuando se formula la siguiente pregunta: «¿Acaso la acusada tenía el conocimiento pertinente para dirigir la estocada a dicha arteria [braquial] con la precisión de un cirujano, y consumir así su intención de privar de la vida a su expareja? [e inmediatamente dice] La respuesta es no (...)».

Y finalmente, aunque se ha sostenido que la necesidad racional del medio debe estar acompañada con la posibilidad de recurrir a otros medios menos lesivos (subsidiariedad), como la huida del lugar o acudir a denunciar el hecho ante la autoridad, es evidente que el Derecho no puede imponer la actitud cobarde de la fuga y renunciar a la defensa de sí mismo, sino que ade-

³⁶ En sentido parecido, ROA, *novaetvetera*, vol. 21, N.º 65, 2012, pp. 54 ss.; tb. CORREA FLÓREZ (2016, p. 373), al afirmar que el contexto marcará la pauta.

³⁷ ROXIN, DP, PG I, 1997, p. 629; Vid., tb. VILLEGAS, RD, vol. XXIII, No. 2, 2010, 160; WALKER, REJ, 35, 2021, p. 154 ss.; HERRERA/SERRANO/GORRA, CDA, 16, 2021, p.91.

³⁸ Porque, además, como sostiene LUZÓN (Lecciones, 3.ª 2017, 23/66, p. 546), «la defensa puede, si es preciso, dañar bienes del agresor de mayor valor que los agredidos».

más, y muy especialmente en casos de violencia machista, la fuga –o la denuncia– no garantiza que la agresión sufrida no volverá a repetirse, sino todo lo contrario, a veces con mayor brutalidad³⁹. La huida en supuestos como éste equivale, con palabras de Roxin, a dejar «el dominio de la situación al agresor»⁴⁰, quien, por lo demás, volverá sobre sus pasos –nuevamente– porque, en la mayoría de los casos, comparte el domicilio con la víctima, y aunque no fuera así porque tenga una orden de alejamiento o restricción (como medida –pre o– cautelar), la realidad misma demuestra que en casos como éste el agresor «vuelve sobre sus pasos».

3. Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende

La agresión que da lugar a la defensa no debe ser buscada de propósito, es decir, con la intención velada de poder lesionar bienes jurídicos del «agresor provocado», así sucede en los casos en los que una persona desafía –confronta– verbalmente a otra «a ver si tienes el coraje de agredirme» o, los actos de provocación injuriosa como forma de incitación a una agresión violenta, para luego «matarle de un disparo repeliendo esa agresión». Amén de lo anterior, desde ningún punto de vista constituirían actos de provocación, el no abrir la puerta de la casa al maltratador borracho (que finalmente se queda a dormir en su automóvil), o el ocultamiento de las bebidas alcohólicas, la omisión del planchado de la ropa o de la preparación de los alimentos (cuestiones que en la mentalidad machista constituyen actos de provocación desafiante).

³⁹ Y en esta línea, sostiene OLAIZOLA (LH-Luzón, 2020, p. 920), «ni la fuga es un medio de defensa, ni en estos casos el auxilio de terceros es eficaz como medio de defensa»; En sentido parecido, LAURENZO COPELLO, LH-Luzón, 2020, p. 734 s.; tb., DOVA, REEPS, 3, 2018, p. 5.

⁴⁰ ROXIN, DP, PG I, 1997, p. 633.

CAPÍTULO XXI

EL FAVORECIMIENTO AL AUTOR TRAS LA CONSUMACIÓN PROMETIDO ANTES DE ESTA: ¿COOPERACIÓN AL DELITO O SIMPLE ENCUBRIMIENTO?

ISABEL DURÁN SECO

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de León. Patrona de la FICP

*Al Prof. Dr. Dr. h. c. Javier de Vicente Remesal,
con mi admiración por su trayectoria profesional
y mi cariño en lo personal*

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y REGULACIÓN LEGAL

El CP de 1822 y el de 1928 exigían para que nos encontrásemos ante el delito de encubrimiento la ausencia de previo concierto con los autores¹. Como consecuencia de ello, si existía previo concierto la conducta no podía englobarse en el encubrimiento, sino que era una forma de participación en el delito.

Más adelante, el encubrimiento, según el artículo 12 CP 1944/73, se asemejaba a una forma de participación en el delito. No obstante, el artículo 17 del mismo texto exigía expresamente que el encubridor no hubiera tenido participación en el delito y que hubiese intervenido con posterioridad a su ejecución. Ello llevó a la

¹ * Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación PID2019-108567RB-C21 (AEI), así como en las tareas de investigación de la UIC 166 de CyL y del GI DPULE; en todos los casos el investigador principal y director es el Prof. Dr. Dres. h. c. Miguel Díaz y García Conlledo y en el PID2019 es segunda IP la Prof. Dra. María A. Trapero Barreales.

No así los CP de 1848 y de 1850 que no exigían para ser encubridor la ausencia de acuerdo.

discusión doctrinal en torno a si el encubrimiento era una forma de participación en el delito o un delito autónomo, que solo a efectos de pena debía castigarse en función de la pena del autor del delito principal que encubría, rebajándola en dos grados, tal y como disponía el artículo 54 del citado CP. La voluntad originaria del legislador fue, sin duda, la de vincular la responsabilidad del encubridor a la de los demás partícipes, apoyándose en el criterio de que, en definitiva, la pena del encubridor debería ser siempre inferior, pero referida a la del delito cometido que se encubre. Es decir que, a efectos de pena, el CP trataba el encubrimiento como una forma de participación subsiguiente a la ejecución del delito. Así, se vino señalando por la doctrina que el encubrimiento no era en sí mismo una forma de participación², pero sí un delito no autónomo, accesorio del hecho encubierto³.

Centrándonos en la regulación actual del delito de encubrimiento, en el texto del proyecto de CP 1994 remitido a las Cortes se consignaba de forma expresa la exigencia de que el sujeto no se hubiese concertado previamente con los autores o cómplices⁴, disponiéndose en el número 2 del artículo 428 que «cuando el favorecedor se hubiere concertado previamente con los autores o los cómplices será castigado con las penas imponibles a estos últimos»⁵. El grupo Parlamentario IU-IC (enmienda n.º 814) se manifestó a favor de la sustitución de la citada exigencia por la de que no hubiese intervenido en el mismo como autor o como cómplice, motivándose dicha enmienda en que «el texto del Proyecto se fundamenta en la criticada tesis del acuerdo previo por la que los conceptos de autoría y complicidad no se establecen en base a la importancia de la aportación objetiva al hecho, sino a partir de un dato subjetivo como es la existencia de acuerdo previo entre los autores o los cómplices. Al excluirse a los concertados previamente de la definición de encubridor, se pretende considerarlos como autores o cómplices, como confirma el número 2 de este artículo. De acuerdo con el texto del proyecto, por ejemplo, quien oculta el arma de un asesinato, se considera como el autor del mismo si previamente se puso de acuerdo con él, mientras que de no acordarlo, comete simplemente

² En este sentido MOSQUETE MARTÍN, El delito de encubrimiento, 1946, 9; ARROYO DE LAS HERAS, Manual de DP, 1985, 757.

³ MIR PUIG, Derecho Penal. PG. 3.ª ed., 1990, 442 s.; en sentido similar MARTÍNEZ ARRIETA, El encubrimiento, en: El encubrimiento, La receptación y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria, CGPJ, 1995, 15. Muy sugerente es también la posición de SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, ¿Encubridores o cómplices? Contribución a una teoría global de las adhesiones postdelictivas, 2004, 470, cuando señala que «el encubridor no es tal por adherirse simplemente *con posterioridad*, sino por intervenir de forma distinta a como lo hacen autor y/o partícipe».

⁴ Artículo 428.1 Proyecto de Ley Orgánica del CP (BOCG, Serie A, 26 de septiembre de 1994, núm. 77-1): «Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años el que, con conocimiento de la comisión de un delito y sin haberse concertado previamente con los autores o cómplices, interviniera con posterioridad a su ejecución de alguno de los modos siguientes [...]».

⁵ Artículo 428.2 Proyecto de Ley Orgánica del CP (BOCG, Serie A, 26 de septiembre de 1994, núm. 77-1).

un delito contra la Administración de Justicia. Todo ello no sólo es incoherente con la pretensión del Proyecto de eliminar el encubrimiento como forma de participación genérica, sino que además, supone introducir un desmesurado concepto de autor y cómplice por la puerta falsa de la Parte Especial»⁶. En coherencia con esta enmienda, la enmienda núm. 815 solicitó la supresión del artículo 428.2. Finalmente, y de modo acertado en mi opinión, fue eliminado dicho requisito negativo⁷.

Con ello, el legislador de 1995 optó por regular el encubrimiento como un delito autónomo⁸ en el artículo 451 CP, ubicado en los delitos contra la Administración de Justicia⁹. Quedaba ya claro que no se puede tomar parte en un delito consumado. Por ello, no se puede participar, es decir, facilitar, fomentar o quitar obstáculos a un hecho que ya está acabado¹⁰. La autonomía del delito de encubrimiento¹¹ presupone que no pueda reconocerse en la conducta del encubridor ninguna aportación eficaz a la producción del resultado consumativo que transmute su posición por la de autor o cómplice del delito principal¹². El encubrimiento se caracteriza por ser una participación posterior efectiva. Se exigen tres requisitos. El primero de ellos, de carácter positivo, consistente en que el encubridor tenga conocimiento de la comisión de un delito. El segundo, de carácter negativo, es el relativo a que el sujeto no debe haber participado o intervenido en ese hecho delictivo ni como autor ni como partícipe. Además, es necesario que el encubridor intervenga posteriormente a la ejecución del delito¹³.

Ahora bien, determinar si la intervención de un sujeto representa una conducta de autoría o participación en el hecho previo o si, por el contrario, constituye un delito de encubrimiento plantea en ocasiones dificultades¹⁴. Esa es la razón

⁶ BOCG, Serie A, 6 de marzo de 1995, n.º 77-6. En sentido crítico con la regulación del Proyecto GARCÍA ARÁN, en: Homenaje Juan del Rosal, 1993, 526 s., poniendo de relieve que dicha previsión solo puede asentarse en la criticada doctrina del acuerdo previo utilizada en materia de autoría.

⁷ Califica dicha supresión de afortunada CANCIO MELIÁ, en: RODRÍGUEZ MOURULLO/JORGE BARRERO, Comentarios al CP, 1997, 1189.

⁸ Una independencia, según CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, Manual de DP II, PE, 2005, 525, más aparente que real. En idéntico sentido ROVIRA TORRES, El encubrimiento, 2006, 7.

⁹ Lo que ya venía siendo reclamado por la doctrina. Así, MOSQUETE MARTÍN, Encubrimiento, 1946.

¹⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, 26, 77, 2005, 46.

¹¹ Un delito que afecta a un bien jurídico determinado, que es la Administración de Justicia, y no al bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el delito encubierto. Cfr., por la doctrina mayoritaria, CANCIO MELIÁ, en: Memento Práctico, 2017, 1739. En opinión de CORTÉS BECHIARELLI, en: GÓMEZ RIVERO, Nociones Fundamentales de Derecho Penal. PE, II, 2.ª, 2015, 513 s., se puede advertir un doble objeto de protección: la Administración de Justicia y los bienes jurídicos tutelados por los delitos matrices.

¹² HERNÁNDEZ GARCÍA, en: HERNÁNDEZ GARCÍA/GOYENA HUERTA/GRINDA GONZÁLEZ/MUÑOZ CUESTA, Los delitos contra la Administración de Justicia, 2002, 116.

¹³ Cfr. por todos RODRÍGUEZ LÓPEZ/SOBRINO MARTÍNEZ, Delitos contra la Administración de Justicia, 2008, 121 ss.

¹⁴ Sobre el vínculo entre el encubrimiento y la participación véase: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, ¿Encubridores o cómplices?, 2004, 115 ss.

por la que el legislador ha venido utilizando un criterio cronológico en el delito de encubrimiento¹⁵. Sin embargo, aunque la intervención sea posterior, se plantea el problema de cómo calificar el supuesto en el que el auxilio posterior responde al cumplimiento de una promesa previa. Será este el objeto de mi contribución.

II. LA DELIMITACIÓN ENTRE EL ENCUBRIMIENTO Y LA PARTICIPACIÓN

Procede, por tanto, analizar los casos en los que, teniendo un sujeto conocimiento de que se va a ejecutar un delito, se compromete con su autor o autores a auxiliarles de alguno de los modos a los que se refiere el artículo 451 CP. Lo importante será analizar si lo penalmente relevante es la promesa en sí o la aportación física posterior. Si nos centramos en la aportación, es evidente que se trata de un caso de encubrimiento y, en ningún caso, podría considerarse complicidad física, puesto que dicha aportación no tiene ninguna eficacia causal en la realización del delito. Sin embargo, si se entiende que, de alguna forma, la promesa de encubrimiento supone un refuerzo psíquico, podría plantearse la participación psíquica¹⁶.

Nos encontramos con tres posiciones al respecto.

1. La promesa previa de auxilio posterior a la realización del delito es constitutiva de una forma de participación

Una parte de la doctrina que podemos entender minoritaria y más clásica, así como la jurisprudencia, cuando analizan el auxilio posterior en caso de concierto previo entre los autores del delito y los favorecedores, afirma que la

¹⁵ Para SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, ¿Encubridores o cómplices?, 2004, 207, la cuestión cronológica pierde buena parte de su sentido y la distinción ha de buscarse en la tipicidad; GARCÍA PÉREZ, El encubrimiento y su problemática en el CP, 2008, destaca que hay veces que la regla cronológica no se cumple o al menos no es capaz de establecer la delimitación entre ambas figuras.

¹⁶ En este sentido LÓPEZ PEREGRÍN, La complicidad en el delito, 1997, 325 s. Admiten, entre otros, la participación psíquica: COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, DP PG, 5.^a, 1999, 760; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, voz Participación, en: LUZÓN PEÑA (Dir.), EPB, 2002, 983. Tb. la jurisprudencia, en este sentido: SAP Avila núm. 65/2001, de 14 mayo; Sentencia Juzgado de lo Penal de Jaén núm. 152/2002, de 11 abril; SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 225/2010, de 4 junio; STSJ Cataluña núm. 4/2012, de 20 febrero; SAP Barcelona núm. 985/2015, de 16 noviembre. De otra opinión la SAP Málaga núm. 81/2000, de 28 septiembre, para en la que se mantiene que la contribución ha de incidir en la conducta de modo comisivo y directo, como conductora positiva objetivable «al rechazarse mayoritariamente la complicidad psíquica pese a la indudable importancia del aliento o la solidaridad».

promesa previa de auxilio posterior es una forma de participación en el delito con la que cuentan los demás partícipes, que ven así reforzada su voluntad delictiva, es decir, que lo decisivo es la intervención anterior a la ejecución que se traduce en el «concierto previo»¹⁷, concierto previo que supone afirmar el propósito criminal de los autores del hecho principal.

En este sentido se entendía que cuando la resolución de verificar esos actos que se realizaron con posterioridad fue con conocimiento y antes de su perpetración, tales actos eran materia de delincuencia directa o de complicidad¹⁸. Dentro de esta doctrina clásica merece ser destacada la opinión de autores como Carrara y Conde-Pumpido Ferreiro. En su opinión, a pesar de que estemos ante actos posteriores, si se prometieron o concertaron antes de la consumación del delito, se han de retrotraer a causa del conocimiento anterior y constituyen propio y verdadero auxilio, puesto que, aunque materialmente existieron después del delito, intelectualmente existieron antes¹⁹.

Por su parte, también la jurisprudencia ha admitido que el acuerdo previo convierte la conducta en participación y que, aunque se produzcan materialmente *ex post*, son reprochables *ex ante*²⁰; que el favorecimiento posterior, acordado previamente a la comisión del hecho principal con el autor o autores, se trata de una complicidad y no un encubrimiento²¹. El motivo es que, según la jurisprudencia, con esa promesa se está reforzando la voluntad delictiva del resto de intervinientes. En algunos casos jurisprudenciales se está ante la presencia pasiva durante la ejecución del delito de un sujeto que tras ello aporta

¹⁷ En este sentido MOSQUETE MARTÍN, Encubrimiento, 1946, 9 s.; FERRER SAMA, Comentarios al CP, II, 1947, 84; RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, Comentarios al CP, I, 1972, 911; ARROYO DE LAS HERAS, Manual de DP, 1985, 768; PUIG PEÑA, Derecho Penal. Parte General, 7.ª, 1988, 572; MANZANARES SAMANIEGO, en: MANZANARES SAMANIEGO/ALBÁCAR LÓPEZ, CP (Comentarios y Jurisprudencia), 1990, 268; CADENAS MARTÍNEZ, El encubrimiento en el nuevo Código Penal, en: Delitos contra la Administración de Justicia, CGPJ, 1997, 104 s.

¹⁸ Sobre ello puede verse CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Encubrimiento y receptación, 1955, 220, n. 31 en la que se citan los autores clásicos de esta corriente, así como jurisprudencia.

¹⁹ CARRARA, Teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado en la fuerza física del delito, 1877, 229 s.; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Encubrimiento y receptación, 1955, 218, aunque reconoce que más que una real y eficaz causa moral, lo que se da es una presunción de su existencia. Más recientemente BENLLOCH PETIT, en: SILVA SÁNCHEZ (Dir.)/RAGUÉS Y VALLÈS (Coord.), Lecciones de DP PE, 9.ª, 2023, 434, señala que la actuación del encubridor ha de producirse con posterioridad a la realización del delito encubierto y no ha de haber sido comprometida o pactada con los intervinientes en dicho delito con anterioridad a la comisión del mismo pues, en tal caso, habrá de ser calificada como complicidad o cooperación necesaria en el correspondiente delito.

²⁰ Admite que la promesa previa de auxilio posterior puede ser una forma de participación la STS núm. 1017/2022, de 23 de enero: «No puede responder por hechos anteriores ya consumados en el momento en que interviene, salvo que existiese, lo que ni se declara probado, ni se le atribuye por la acusación, una promesa previa de auxilio»; STS núm. 168/2023, de 9 de marzo, citando jurisprudencia más antigua en idéntico sentido.

²¹ STS núm. 666/2016, de 21 de julio.

un acto de encubrimiento. Esa presencia pasiva, a la que en ocasiones va acompañada la disponibilidad a actuar si fuera necesario, y la conducta encubridora posterior son lo que lleva a la jurisprudencia a afirmar que estamos ante una conducta de participación en el delito²². En los supuestos en los que no haya existido presencia en el lugar de los hechos, será más difícil poder probar el reforzamiento moral, pues no se da la posibilidad de intervenir. No obstante, también el TS admite la participación en tales supuestos²³.

2. La promesa de intervenir es siempre una conducta de encubrimiento

Un segundo grupo de autores considera que parece poco justificable que, a través del acuerdo previo, se pretenda castigar como partícipe a quien sin inducir prometa un apoyo posterior que puede reforzar la idea de delinquir²⁴. Otros autores, que son también englobables en esta segunda línea, entienden que si el fundamento del castigo de la participación reside en el favorecimiento para que el autor ejecute el tipo de injusto del tipo de la parte especial de que se trate, el acuerdo de posterior ayuda solo se puede considerar participación si se cree que el apoyo moral debe ser punible, lo que no admiten²⁵.

Quintero Olivares ha sido tajante al afirmar que no es posible transformar esa promesa en fundamento subjetivo de una participación en el hecho, sino que solo es posible calificar el hecho como encubrimiento y delito contra la Administración de Justicia²⁶. Martínez Pérez considera impune el pacto previo de auxilio tras la realización de un delito, ya que el que realiza esta promesa, con la sola promesa en sí no está realizando ninguna acción material constitutiva de delito, entendiendo que si no se presta la promesa quedará impune y si se presta, la promesa seguirá siendo impune, pero si la colaboración que se presta cumple los requisitos establecidos por el artículo 451 CP se castigará

²² Sobre la disposición a intervenir en caso necesario puede verse LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, 319 ss. Sirva de ejemplo la STS 15 de julio de 1983, la STS 28 de septiembre de 1989 y la STSJ Cataluña núm. 4/2012, de 20 febrero, entre otras.

²³ Sirva de ejemplo la STS núm. 163/2020, de 19 de mayo, en la que las acusadas reforzaron en su decisión a los autores del delito a través de la promesa de cobertura posterior.

²⁴ En este sentido HERNÁNDEZ GARCÍA, en: HERNÁNDEZ GARCÍA/GOYENA HUERTA/GRINDA GONZÁLEZ/MUÑOZ CUESTA, *Los delitos contra la Administración de Justicia*, 2002, entendiendo que la relevancia participativa de la promesa previa de auxilio posterior no puede construirse bajo una presunción de eficacia causal; CÓRDOBA RODA, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dir.), *Comentarios*, 2004, 2179.

²⁵ En contra de que el apoyo moral pueda ser punible, entre otros, RUIZ RODRÍGUEZ, *El delito de encubrimiento*, 2001, 64.

²⁶ QUINTERO OLIVARES en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios*, II, 7.ª, 2016, 1489.

por este precepto. Para esta autora tanto considerar que la promesa de encubrimiento es siempre una forma de participación como entender que lo será solo en los casos en los que suponga un refuerzo en la decisión de delinquir deben ser rechazadas y acogidas las críticas en el sentido de que implican una concesión al Derecho penal de autor en la medida que aceptan la teoría del acuerdo previo que se entiende que está desplazada del ordenamiento jurídico. A ello añade que encierran una vulneración de los principios de intervención mínima (porque extiende la actividad del Derecho penal a una hipótesis que va más allá de lo que sería deseable) y legalidad del Derecho penal (debido a que no se trata de una posibilidad expresamente prevista en ningún tipo penal). Concluye que, considerando el esfuerzo que durante muchos años se ha realizado para alejar el encubrimiento de las formas de participación delictiva, admitir que la promesa de ayuda posterior a la comisión de un delito es una forma de codelincuencia supone una regresión²⁷.

3. La promesa de intervenir auxiliando será constitutiva de una forma de participación cuando haya influido en la realización del delito: cooperación psíquica

Para un tercer sector doctrinal ha de distinguirse en virtud de la relevancia que hubiera tenido la promesa de ayuda posterior en el ánimo del sujeto al que se haya efectuado dicha promesa²⁸.

Recordemos que tanto la cooperación necesaria como la complicidad, como formas de participación en el delito que son, reclaman diferentes grados de contribución causal²⁹ a la producción del ilícito y esa contribución causal puede encontrarse, según un sector, en el reforzamiento psíquico a la comisión del delito³⁰.

²⁷ MARTÍNEZ PÉREZ, El delito de encubrimiento, 2012, 193 s.

²⁸ Así, entre otros que se citan a continuación, ANTÓN ONECA, DP, 2.ª, 1986, para quien, aunque limiten su intervención material a los actos posteriores, son también autores o cómplices cuando han prometido esta ayuda con anterioridad, *de modo que la promesa haya influido en el ánimo de los ejecutores del delito para determinar su acción*, añadiendo que siempre que la promesa no tenga fuerza causal para determinar la acción se justifica la consideración de la conducta como encubrimiento; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, El encubrimiento como delito, 1998, 32 s.

²⁹ Sobre la causalidad de la cooperación o complicidad véase ROXIN, DP PG II, 2003, 275 ss.; BOLEA BARDON, La cooperación necesaria: Análisis dogmático y jurisprudencial, 2004, 82 ss. Sobre la causalidad e imputación objetiva en la participación BLANCO CORDERO, Límites a la participación delictiva, 2001, 16 ss.

³⁰ En este sentido CEREZO MIR, Curso de Derecho penal español, PG III, Teoría jurídica del delito/2, 2001, 231, aludiendo a la participación o complicidad psíquica señala que hay supuestos en los que la participación psíquica puede ser causal, por ejemplo, si el ánimo del sujeto hubiese flaqueado y este no

En ese sentido se entiende que cabe la posibilidad de que esa promesa de intervenir con posterioridad haya tenido alguna influencia psíquica, es decir, que haya reforzado de algún modo la decisión del autor y que, en ese caso, estaremos ante una forma de participación psíquica³¹. No obstante, reconocen que de no existir esa influencia habría que afirmar que estamos ante una conducta constitutiva de delito de encubrimiento³².

Acertadamente se destaca que el acuerdo previo³³ no puede convertir en una forma de autoría o participación una conducta de encubrimiento³⁴. Entiende este sector que el que exista ese concierto previo de ayuda posterior no implica necesariamente que estemos ante una forma de participación, sino que habrá que analizar cada caso concreto, habrá que averiguar si ese acuerdo es o no eficaz para la comisión del hecho delictivo. Por tanto, para que se trate de complicidad ha de haber algo más que el acuerdo previo, es preciso que ese acuerdo haya tenido influencia en la realización del delito³⁵. El auxilio moral guarda relación con la denominada complicidad subsiguiente, en la que se promete o acuerda, antes de iniciar la ejecución o al tiempo de esta, la realización de determinados actos posteriores a la consumación. El acento recae en la contribución misma que en la comisión hayan tenido el ofrecimiento o compromiso previos, de manera que cabe incluso atribuirles una importancia decisiva y, en ese caso, debería hablarse de cooperación necesaria³⁶.

hubiese cometido el delito de no tener ese apoyo psicológico (aunque reconoce que hay casos en que la participación psíquica no es causal).

³¹ Sobre la complicidad o cooperación psíquica véase ROXIN, DP PG II, 281 ss., quien al referirse al encubrimiento previamente pactado señala que *la mayoría de supuestos* se pueden concebir como una cooperación psíquica en forma de estabilización de la resolución al hecho.

³² Ya RODRÍGUEZ MOURULLO, refiriéndose al CP anterior, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, Comentarios al CP, 1072, 911, afirmaba que no todo auxilio post-ejecutivo es siempre encubrimiento, puesto que la ayuda prestada con posterioridad a la ejecución, pero prometida o concertada antes, puede considerarse autoría según el art. 14.2 CP (un estímulo decisivo que determinó al autor) o 14.3 CP, el ejecutor no habría realizado el hecho sin esa promesa, o cómplice según el artículo 16 CP. Para GÓMEZ PAVÓN, El encubrimiento. Artículos 17 y 18 del Código Penal, 1988, 55, «el encubrimiento es siempre una intervención post-ejecutiva, pero no todas estas intervenciones serán siempre encubrimiento, dependiendo esta clasificación de la importancia que en la realización de los hechos tenga la promesa previa cuando ésta exista»; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, El encubrimiento como delito, 1998, 33, señala que no toda promesa dará lugar a la participación, sino que cabe mantener que en algunos casos sea solo encubrimiento. Sólo será participación cuando el hecho se haya configurado en función de esa promesa anterior, cómplice, en el caso de que la promesa hubiera influido en la decisión criminal del autor, como reforzamiento psíquico de la misma (120).

³³ Sobre esta teoría y sus críticas doctrinales puede verse, entre otros muchos, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 349 ss.

³⁴ Así lo expresa, entre otros, CANCIO MELIÁ, en: RODRÍGUEZ MOURULLO/JORGE BARREIRO, Comentarios al CP, 1997, 1189; más recientemente en: Memento, 2017, 1740; MANZANARES SAMANIEGO, Comentarios al CP, 2016, 1404.

³⁵ Así, BACIGALUPO, Principios de Derecho Penal, PG, 5.ª, 1998, 388, aludiendo a que si la promesa no tuvo incidencia en el hecho no habrá complicidad, pero si la tuvo sí, aunque luego no se cumpla.

³⁶ En este sentido MANZANARES SAMANIEGO, Comentarios al CP, 2016, 160.

La doctrina que puede englobarse en esta posición sí que diferencia, al menos en un plano teórico, entre que haya existido o no ese refuerzo en la decisión del autor para afirmar que estamos bien ante una forma de participación psíquica o, caso de que no se haya producido el reforzamiento, un delito de encubrimiento si posteriormente se presta el aporte que se prometió y en caso contrario ante una conducta atípica³⁷. De modo que la complicidad psíquica existe especialmente cuando se refuerza el deseo del autor principal de realizar el hecho antijurídico³⁸, o cuando se eliminan las últimas dudas del autor que está predominantemente decidido a cometer un delito³⁹, o de las de aquél que después de haberse decidido empieza a titubear⁴⁰. Se trata de casos en los que el cómplice no contribuye corporalmente sino solo espiritualmente a influir en la psique del autor⁴¹.

No se rechaza de modo absoluto el que en los casos en los que no exista esa influencia nos encontremos ante un delito de encubrimiento, lo que ocurre

³⁷ Ya RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, DP Español, PG, 18.^a ed., 1995, 835, aludía al valor causal de la promesa en orden a la ejecución de delito, señalando que, si la resolución del culpable del acto principal estaba tomada y no hubiera sido afectada por una negativa del sujeto en cuestión, la promesa será irrelevante, en otro caso el sujeto será inductor o auxiliador; y refiriéndose al valor causal que la jurisprudencia venía dándole al pacto anterior afirma que le resulta criticable puesto que no debe bastar el mero conocimiento. En idéntico sentido con anterioridad RODRÍGUEZ DEVESA, voz Encubrimiento, Nueva Enciclopedia jurídica, VIII, 1956, 464. Esta parece ser también la opinión de MARTÍNEZ ARRIETA, El encubrimiento, en: El encubrimiento, CGPJ, 1995, 41, señalando que «cuando la acción auxiliadora ha sido prometida o concertada con anterioridad a la realización de los hechos ejecutivos del delito productor de los efectos estaríamos en presencia de una acción participadora en el delito principal, distinguiendo en la intensidad de ese acuerdo o promesa y en la relevancia para la propia realización del hecho punible, entre autoría o participación, o incluso en el propio encubrimiento, cuando esa actividad anterior ha sido irrelevante, para los autores o cómplices a la producción de su propio ilícito». Merece destacarse la opinión de este autor puesto que fue el ponente de la STS núm. 968/2016, de 21 de diciembre, en la que afirma que el compromiso de actuación, dispuesto antes de la ejecución, para su actuación posterior, supone un reforzamiento de la conducta. Se trata del juicio por el crimen de la Presidenta de la Diputación de León, en el que una mujer policía local se comprometió a guardar el arma tras la comisión del hecho delictivo de dar muerte por parte de otra mujer a la Presidenta de la Diputación (y en la que también intervino otra acusada que fue considerada cooperadora necesaria) y que, acertadamente en mi opinión, había sido considerada encubridora en la SAP León, núm. 93/2016 de 10 de marzo (Ponente D. Carlos Javier Álvarez Fernández). Así el Magistrado Presidente entendió, correctamente, que no había dato fáctico que permitiese suponer que la acusada con su promesa hubiese determinado o influido directamente a las otras dos acusadas para que ejecutasen la muerte. No obstante, la STSJ Castilla y León, núm. 2/2016 de 12 de julio la consideró cómplice de asesinato, aspecto que fue confirmado por el TS, tal y como ha quedado señalado.

³⁸ Así lo expresa BLANCO CORDERO, Límites a la participación delictiva, 2001, 19; LÓPEZ PEREGRÍN; La complicidad en el delito, 1997, 313, alude a conductas que consisten en un apoyo moral que actúa sobre la formación de la voluntad del autor, fortaleciéndola, pero sin llegar a provocarla (en eso se diferencia de la inducción).

³⁹ En este sentido SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, InDret, 2/2012, 20.

⁴⁰ LÓPEZ PEREGRÍN, La complicidad en el delito, 1997, 466. Alude a que la cooperación psíquica no es cuestión pacífica en la doctrina BOLEA BARDON, La cooperación necesaria, 2004, 87 s.

⁴¹ ROXIN, ¿Qué es la complicidad?, en: ROXIN, Dogmática Penal y Política Criminal, 1998, 411, considerando que los casos problemáticos son solamente los que consisten en un «refuerzo de la resolución a cometer el hecho».

es que suelen entender que por el hecho del acuerdo se fortalece la idea de la comisión del hecho delictivo. En concreto se ha llegado a afirmar que podría ser una forma de inducción⁴², de complicidad⁴³.

Dentro de este sector merece destacarse la opinión de Díaz y García Conlledo, quien rechaza que la conducta pueda ser constitutiva de coautoría, dado que el mero pacto o promesa de encubrimiento no puede fundamentar la coautoría en el delito que se acuerda o promete encubrir, entre otras cosas porque rechaza la doctrina del acuerdo previo, pero considera que «siempre y cuando el pacto o promesa de encubrimiento haya influido en los intervinientes en el hecho para realizarlo, es decir, cuando no haya sido absolutamente ineficaz respecto del delito que se acuerda o promete encubrir, nos hallaremos ante una participación, en concreto ante una cooperación (no importa ahora de qué clase, si cooperación necesaria o complicidad, pues ello variará según los casos) moral en ese delito y, consiguientemente no habrá lugar al castigo por encubrimiento, que sólo vendrá en consideración (si se ha llevado a cabo) en los supuestos de ineficacia (de falta de influencia) del pacto o promesa en la realización del delito que se promete o acuerda encubrir»⁴⁴.

Muy interesante resulta la explicación ofrecida por López Peregrín, quien, exigiendo eficacia causal, entiende que lo específico de este grupo de casos es la cuestión de si la promesa constituye ya complicidad psíquica, a lo responde afirmativamente en el caso de que la promesa o la aportación tengan como consecuencia la *estabilización de la decisión delictiva del autor*⁴⁵. En su opinión, aunque el favorecimiento de la ocultación o de la huida del culpable se realice tras la ejecución, o incluso no llegue a realizarse, la promesa de ayuda en la evasión o de facilitación posterior de un escondite seguro puede producir ya en un momento

⁴² En este sentido GARCÍA PÉREZ, El encubrimiento y su problemática en el CP, 2008, 80. También encontramos sentencias que califican la inducción como un supuesto de complicidad psíquica que, por su intensidad, sirve para determinar la voluntad del autor o autores materiales en la ejecución del delito inducido. En este sentido, entre otras, STS núm. 1111/2005 de 19 de diciembre, núm. 1022/2012, de 19 de diciembre, SAP Barcelona núm. 811/2014, de 29 de septiembre; SAP Guadalajara núm. 19/2014, de 22 de octubre; SAP Barcelona núm. 520/2017, de 2 de noviembre.

⁴³ GARCÍA PÉREZ, El encubrimiento y su problemática en el CP, 2008, 80, reconociendo que no basta el simple acuerdo con los autores del hecho, sino que es preciso que haya tenido influencia en la realización del delito, dando lugar a una forma de complicidad psíquica cuando se haya fortalecido la decisión de ejecutarlo.

⁴⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, voz Encubrimiento o Favorecimiento, en: LUZÓN PEÑA (Dir.), EPB, 2002, 644. Ya con anterioridad en voz Encubrimiento o Favorecimiento, en: Enciclopedia Jurídica Básica, II, 1994. En idéntico sentido en: Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, 26, 77, 2005, 45, aunque habla de cooperación o complicidad psíquica en lugar de moral.

⁴⁵ También ROXIN, DP PG II, 2003, 282 s., alude al referirse a la complicidad psíquica a la estabilización de la resolución al hecho, a que la contribución se plasma en el aseguramiento del resultado y concibe como cooperación psíquica en forma de estabilización de la evolución al hecho la mayoría de los supuestos del encubrimiento previamente pactado.

anterior a la ejecución una influencia psíquica en el autor que puede constituir, en algunos casos, complicidad psíquica. Para esta autora la eficacia causal de la conducta en cuestión dependerá de la concreta situación, de la gravedad de las dudas del autor, de su grado de credibilidad en la promesa del otro, etc.⁴⁶. Lo que parece claro es que la complicidad psíquica, como una forma de complicidad que es, ha de reunir todos los elementos normativos que la definen⁴⁷.

Acertadas son también las apreciaciones de Ventura Püschel cuando considera que a la hora de delimitar el encubrimiento de las formas de participación hay que estar a un criterio material, ligado a la lesividad que para el bien jurídico protegido representa la conducta objeto de debate: «solo cuando el comportamiento auxiliador represente una contribución efectiva a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico atacado por el comportamiento precedente cabrá su consideración como una conducta de autoría o participación; de lo contrario, y presupuesta la concurrencia de los restantes elementos típicos provenientes en el artículo 451 CP, la conducta se limitará a la obstaculización de la Administración de Justicia y constituirá, por tal razón, un delito de encubrimiento»⁴⁸.

III. TOMA DE POSTURA

Considero rechazable que la promesa previa de intervención tras la consumación sea siempre una conducta de participación. Como he señalado, la exigencia en el delito de encubrimiento de que el sujeto no se hubiese concertado previamente con el autor o cómplice no acabó encontrando respaldo en el texto definitivo aprobado por el legislador, de modo que no tiene sentido mantener la doctrina jurisprudencial que entendía que la promesa previa de encubrimiento posterior era una forma de participación en el delito⁴⁹.

Me adhiero a la opinión doctrinal que considera que la mera adhesión de determinados sujetos a un acuerdo no decide sobre la comisión del delito, aunque sí puede suponer un apoyo moral a la decisión de los otros⁵⁰. No obstante,

⁴⁶ LÓPEZ PEREGRÍN, La complicidad en el delito, 1997, 325 ss.

⁴⁷ En este sentido SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, InDret, 2/2012, 27.

⁴⁸ VENTURA PÜSCHEL, en: ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.)/MANJÓN-CABEZA OLMEDA/VENTURA PÜSCHEL (Coords.), Tratado de DP, 2013, 916.

⁴⁹ En este sentido, MARES ROGER/MARTÍNEZ LLUESMA, en: GANZENMÜLLER ROIG/ESCUADERO MORATALLA/FRIGOLA VALLINA (Coords.), Delitos contra la administración pública, contra la administración de justicia y contra la constitución, 1998, 171, añadiendo que la cuestión como mínimo suscita ciertas dudas cuando no una evidente y clara infracción de la legalidad.

⁵⁰ En este sentido criticando la doctrina del acuerdo previo, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 392.

que ese acuerdo suponga un apoyo moral es algo que ha de ser probado y que no puede intuirse⁵¹.

Considero, por tanto, que no hay problema para entender que la importancia que el autor o autores le den a la contribución de otro de los intervinientes pueda hacer que esa aportación se convierta en relevante y ese sujeto sea partícipe y no mero encubridor. Pues es cierto que si ese aporte, por innecesario que resulte para la realización del tipo, es lo que mueve al autor o autores a realizar la conducta típica, estaremos ante una aportación que supone de algún modo la participación en el delito (debiendo determinarse en cada caso concreto si necesaria o no), puesto que eso hace que haya un aumento del riesgo para el bien jurídico. Al producirse la aportación una vez que se ha consumado el delito nos encontramos ante una participación psíquica.

Ahora bien, ninguna duda ofrece que esa importancia decisiva no se puede presumir por el mero hecho del acuerdo y que será de difícil prueba, aunque obviamente ello no excluye que no pueda darse. En mi opinión es aquí dónde reside el problema. En ocasiones se afirma que con la mera promesa ya se da ese refuerzo psíquico y no se debate cómo ha influido la promesa en la realización de la conducta por parte del autor o autores⁵². Debe acreditarse que esa promesa ha supuesto un reforzamiento en la voluntad de los autores a la realización del delito capaz de convertirles en partícipes del mismo, es decir, que de algún modo ha supuesto un favorecimiento, facilitación e incluso posibilidad de la realización del hecho delictivo. Si no ha tenido ningún refuerzo en la motivación del autor a realizar la conducta, hay que rechazar la participación, no pudiéndose presumir tal reforzamiento.

Concluyo considerando que lo más acertado es determinar en cada caso concreto si esa promesa anterior tuvo o no una influencia en la conducta del resto de intervinientes. Si la respuesta es afirmativa, será capaz de transformar esa promesa en una forma de participación. Ahora bien, deducir de la existencia de la promesa que la conducta es de participación porque eso refuerza al autor o autores, sin debate entre las partes, sin prueba y sin que la defensa pueda pronunciarse, es incorrecto porque supone la vuelta a la ya superada teoría del acuerdo previo.

⁵¹ Así, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, voz Cooperación necesaria y complicidad, en: LUZÓN PEÑA (Dir.), EPB, 2002, 316 s. También la jurisprudencia requiere prueba de esa aportación psíquica. En este sentido STS núm. 363/2007 de 28 marzo.

⁵² Esto es lo que en mi opinión ocurrió en la calificación jurídica de la conducta de la mujer policía local que en el ya citado crimen de la Presidenta de la Diputación se comprometió a guardar el arma del crimen. Véase *supra* nota 37.

CAPÍTULO XXII

LA ACCESORIEDAD DE LA PARTICIPACIÓN

JUAN LUIS FUENTES OSORIO

Acred. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Jaén

I. INTRODUCCIÓN

La participación es accesoria. Esta afirmación, habitual en cualquier manual de parte general, conlleva que la responsabilidad del partícipe se encuentra subordinada a una conducta delictiva, adicional al comportamiento específico de inducción o de colaboración. ¿A qué conducta delictiva nos referimos? El injusto de la participación siempre se vincula con un tipo de la parte especial de referencia que define los contornos de su injusto y da un marco penal. No se comete un delito de inducción en abstracto, por ejemplo, sino de inducción a un determinado delito. En un segundo momento también se puede hacer depender la responsabilidad del partícipe de la comisión de un tipo delictivo por el autor principal y reclamar, además, que satisfaga unos requisitos normativos (por ejemplo, que sea un comportamiento en grado de tentativa y antijurídico). Finalmente, la actuación del autor puede condicionar la responsabilidad del partícipe influyendo en su injusto y en su momento consumativo o simplemente funcionando como una condición de punibilidad.

Por tanto, una mera definición de la participación como accesoria es ambigua, ya que no apunta, per se, a qué aspecto de esta supeditación de la responsabilidad del partícipe con una actividad delictiva de referencia o principal alude. Este enunciado tampoco deja claro con qué modelo de injusto de la participación se enlaza. Este es el resultado de la concreta relación que se fije

entre los tres planos señalados, existiendo diversas configuraciones. El objetivo de esta contribución será precisamente mostrar las clases de accesoriidad y cómo la combinación entre ellas puede condicionar los sistemas de enjuiciamiento de la responsabilidad del interviniente secundario, cada una con una estructura de injusto diferente.

II. CLASES DE ACCESORIEDAD

Se pueden distinguir dos tipos de accesoriidad en la participación: amplia (o con un tipo de referencia) y estricta (con la realización de este tipo por el autor).

1. **Accesoriidad amplia**

La responsabilidad penal del partícipe es accesoria porque su conducta específica (inducir o colaborar) se conecta con un tipo de la parte especial cuya ejecución persigue. Esta vinculación nos señala en qué se quiere participar y, al mismo tiempo, determina de manera genérica los límites del contenido del injusto de la participación, pues indica el bien jurídico de referencia y un potencial tipo penal con su marco penal.

La accesoriidad amplia perfila, en consecuencia, el grado de autonomía material del injusto del partícipe. Los tipos de participación, que en un modelo dual permiten extender la responsabilidad penal prevista para el autor a ciertas formas de intervención secundaria que de otro modo serían atípicas (según un modelo restrictivo de la autoría¹), no contienen una conducta típica concreta, por ello se deben poner en contacto con un «delito» de la parte especial. No se requiere esta accesoriidad cuando la conducta del partícipe, por sí misma y más allá de la finalidad buscada, suponga la lesión directa y materialmente consumada de un bien jurídico. Esto entraña una negación de la participación y su conversión en una forma de autoría. Así, por ejemplo, la posesión de una pistola, con independencia de que se quiera favorecer con ello un determinado

¹ El sistema dual o diferenciador establece que únicamente es autor quien realiza lo descrito literalmente por el tipo penal. Las formas de intervención secundaria, en cuanto aportaciones causales que contribuyen de forma no típica a la ejecución del hecho, son impunes. Sin embargo, se puede crear un precepto en la parte general del código penal en donde se haga constar expresamente la relevancia de estos comportamientos. Estos tipos son causas de extensión de una punibilidad (y por ello no tienen un carácter meramente declarativo, sino que son constitutivos) que, en principio, está limitada al autor (concepto restrictivo de la autoría, extensivo de la participación).

proceso delictivo, podría ser un delito contra el orden público si implica una tenencia ilícita de armas (arts. 563 ss. CP).

Por otro lado, una vez conocido el tipo en el que se desea participar se podrá saber si el bien jurídico está tutelado frente al ataque del interviniente secundario. En este nivel de accesoriidad amplia se resuelve si el partícipe crea un riesgo jurídicamente relevante cuando interviene en la agresión a un objeto que no está protegido frente al autor principal (por ejemplo, cuando se induce a un suicidio) o que solo puede ser lesionado por un autor que posee unas características concretas. En estos casos se suele partir de una respuesta negativa que, no obstante, puede ser modificada. Se puede decidir reconocer expresamente en un precepto penal la responsabilidad del partícipe en estos contextos. Ello explica que se prevea la sanción de la inducción al suicidio en el artículo 143 CP o la del cohecho activo en artículo 423.1 CP². Si, por el contrario, se mantiene que no hay un riesgo relevante en la conducta del partícipe *extraneus* únicamente se podrá depurar la responsabilidad por el delito común subsidiario (si lo hubiera) o mediante una comunicación de los ámbitos de responsabilidad entre autor y partícipe. Sin embargo, esta última alternativa será una cuestión de accesoriidad estricta.

Por lo demás, la accesoriidad amplia no está condicionada al describir la amplitud de la protección penal de un bien jurídico específico frente a las intervenciones secundarias ni por el grado de ejecución de la conducta principal ni por el nivel de responsabilidad penal del autor que la realiza. Así mismo, este tipo de accesoriidad tampoco informa sobre si la responsabilidad del partícipe se subordina a la ejecución del tipo de referencia por el autor. Se tendrá que concretar en un segundo momento si se estima que la intervención secundaria atenta contra el bien jurídico de forma dependiente (vinculada al menos parcialmente en su injusto con la actividad del autor principal) o independiente (porque la participación representa una lesión del objeto tutelado directamente sancionable que, subsidiariamente, puede someter su punibilidad a la comisión de una actividad delictiva por el autor principal).

2. Accesoriidad estricta

La accesoriidad estricta demanda la realización del tipo de referencia por el autor principal para poder hacer responsable penalmente al interviniente

² Al sancionar al que corrompe o intenta corromper a las autoridades o funcionarios públicos se está tipificando un modo de inducción a la prevaricación.

secundario. Esta supeditación al comportamiento del autor puede actuar de dos maneras.

(1) Accesoriidad estricta material. La presencia de una conducta principal dotada de una serie de características va a ser un elemento que integra el injusto del partícipe. Este no se consume hasta que el autor no lleve a cabo un comportamiento delictivo que cumpla los requisitos normativos que se hayan establecido (sobre el grado de ejecución y su relevancia penal). La configuración de la conducta del autor principal requerida permite, dentro de los límites marcados, comunicar supuestos de responsabilidad/ irresponsabilidad penal del autor al partícipe y señala el marco punitivo máximo que le será aplicable al interviniente secundario en el caso concreto. Esta conexión entre el injusto del partícipe y el del autor puede ser absoluta o moderada (reconoce un elemento autónomo en el injusto del primero).

(2) Accesoriidad estricta formal. El partícipe tiene un injusto propio que se consume con independencia del comportamiento del autor. Este puede ser, no obstante, un requisito de la punibilidad: solo se podrá sancionar al partícipe cuando exista una conducta principal con unas determinadas características normativas. Esta accesoriidad formal es la defendida por algunas «teorías de la participación autónomas»³. Ahora bien, debo precisar que pese a llevar este nombre no defienden una autonomía material de la participación (ya que no poseen un bien jurídico autónomo⁴ y siguen manteniendo una accesoriidad amplia)⁵, sino una responsabilidad del partícipe por su propio injusto, independiente de que haya una conducta principal (rompen con la accesoriidad estricta material)⁶. Tampoco supone un posicionamiento a favor de un concepto unitario de autor que establece diferencias exclusivamente cuantitativas entre las aportaciones de los intervi-

³ Vid. por ejemplo LÜDERSEN, K., *Der Strafgrund der Teilnahme*, Baden-Baden, 1967, pp. 29, 119, 137 o SCHMIDHÄUSER, E., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Studienbuch, 2.ª edición, Tübingen, 1984, pp. 272 ss. (este último señala que la conexión con una conducta principal consumada actúa simplemente como un presupuesto de la penalidad del partícipe sin influir en el fundamento de su punición).

También se puede defender una responsabilidad del partícipe totalmente independiente de la idea de accesoriidad estricta tanto formal como material y buscar una reducción del ámbito punitivo mediante la definición del alcance del ilícito del partícipe y la fijación del momento en que se establece la relevancia penal del mismo. Vid. por ejemplo SANCINETTI, M., *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, 1991; ídem, *El ilícito propio de participar en el hecho ajeno*, Bogotá, 1998.

⁴ Un ejemplo de autonomía material son los esfuerzos orientados a dotar a la apología de un bien jurídico autónomo, vid. FUENTES OSORIO, J. L., *¿Cuándo es débil una apología delictiva?*, en OLMEDO CARDENETE ET AL. (coords.), *Estudios en homenaje al prof. dr. d. Jesús Martínez Ruiz*, Madrid, 2022, p. 38.

⁵ Ni la posición más extrema se desvincula completamente de un tipo de la parte especial de referencia.

⁶ Vid. RUIZ ANTÓN, L. F., *El fundamento material de la pena en la participación*, en CPCr, n. 11, 1980, p. 64.

nientes⁷. En un modelo dual, la conducta del partícipe tiene un injusto propio porque infringe una norma secundaria individualmente dirigida a él⁸. Su ilícito, por tanto, es cualitativamente diferente y cuantitativamente inferior al del autor principal⁹ (lo que se tendría que ver reflejado en una pena inferior para el interviniente secundario).

3. Accesoriedad estricta externa e interna

(1) El concepto estricto de accesoriidad en sus perspectivas material y formal subordina la responsabilidad del interviniente secundario a la conducta delictiva del autor principal. Los requisitos normativos que ambas pueden seleccionar se organizan en una vertiente interna y otra externa¹⁰.

i. Accesoriedad estricta externa o cuantitativa. Se requiere la comisión de un comportamiento por parte del autor principal que haya alcanzado un

⁷ Otra cuestión distinta es que un planteamiento unitario de autor pueda recurrir a la accesoriidad formal. El concepto unitario funcional de autor, que distingue cuantitativamente entre la autoría directa y la autoría por apoyo y por incitación, puede supeditar la punibilidad de estas últimas (lo que no es obligatorio según la lógica del modelo) con el inicio de ejecución de la conducta típica principal por el autor directo y, demandar, adicionalmente, que esta tenga un determinado grado de responsabilidad penal.

⁸ El partícipe vulnera un deber secundario consistente en no determinar o no prestar ayuda a otra persona para lesionar el deber primario de respeto del bien jurídico (KINDHÄUSER, U., *Bestimmtheit des Gehilfenvorsatzes*, en *NStZ*, 1997, pp. 274 s.) Vulnera el deber, distinto al del autor, de no poner en peligro el bien jurídico mediante un comportamiento que cree una situación que hace posible la lesión del interés protegido, RENZIOWSKI, J., *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübingen, 1997, pp. 128 ss.

⁹ Vid. STEIN, U., *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, Berlín, 1998, p. 237. La teoría del «hecho global típico» establece, en cambio, un concepto extensivo del autor al defender la existencia de un injusto cualitativamente idéntico para todos los que intervienen y una diferenciación cuantitativa entre las aportaciones, vid. JAKOBS, G., *La imputación objetiva en derecho penal*, Bogotá, 1995, pp. 64 ss.; DENCKER, F., *Beteiligung ohne Täter*, en PRITTWITZ ET AL. (eds.), *Lüderssen-Festschrift*, Baden-Baden, 2002, pp. 534-37; ROBLES PLANAS, R., *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid, 2003, pp. 156 s., 165, 172, 176-180, 266; ÍDEM, *La estructura de la intervención en el delito*, *Política Criminal*, vol. 15, n. 30, 2020, pp. 997 ss.; MARTÍNEZ SANROMÀ, O., *Motivación e intervención delictiva*, Barcelona, 2023, pp. 266 ss.

¹⁰ Vid. PEÑARANDA RAMOS, E., *La participación en el delito y el principio de accesoriidad*, Madrid, 1990, p. 327; OLMEDO CARDENETE, M., *La inducción como forma de participación accesoria*, Madrid, 1999, pp. 200 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *Autoría y participación*, *Revista de Estudios de la Justicia*, n. 10, 2008, pp. 43 ss.; PÉREZ ALONSO, E., *Autoría y participación*, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Fundamentos de derecho penal. Parte General*, 2010, p. 410; Díez Ripollés, J. L., *Derecho penal español. Parte general*, 5.ª edición, Valencia, 2020, pp. 403 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *La accesoriidad cualitativa de la participación*, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 40, 2020, p. 856; MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Autoría y participación*, en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento práctico penal*, Madrid, 2022, margs. 2982 ss.

En lo relativo a la accesoriidad amplia carece de sentido efectuar una distinción entre vertiente interna y externa, puesto que no hay una asociación con la práctica de una conducta delictiva principal por el autor.

determinado nivel de ejecución (preparación, tentativa, consumación). Es unánime en la doctrina española exigir que el hecho principal sea al menos una tentativa para poder hacer responsable al partícipe¹¹.

ii. Accesoriadad estricta interna o cualitativa. Decisión normativa sobre el grado de relevancia jurídico-penal que debe poseer la conducta ejecutada por el autor. La accesoriadad cualitativa se puede clasificar en *mínima* (es suficiente la realización de un tipo legal), *limitada* (se demanda una acción típica y antijurídica), *máxima* (se exige una acción típica, antijurídica y culpable) e *hiper* (el comportamiento también debe ser punible)¹². Aunque el CP no se posiciona al respecto¹³, la mayoría de la doctrina está a favor de la accesoriadad limitada¹⁴.

(2) Hay una separación entre ambas vertientes, de manera que el posicionamiento sobre el aspecto interno no condiciona el externo y viceversa. Así, reclamar que el comportamiento alcance la fase de tentativa no resuelve si es suficiente con que, además, sea típica o si tiene que llegar a ser antijurídica o culpable¹⁵. Por otro lado, conectar el principio de accesoriadad estricto con la práctica de una conducta típica y antijurídica no conlleva que esta deba estar

¹¹ Vid. OLMEDO CARDENETE, La inducción, 1999, p. 201; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Revista de Estudios de la Justicia, n. 10, 2008, pp. 43; PÉREZ ALONSO, Fundamentos, 2010, p. 410; MELENDO PARDOS, M., Teoría de la codelinuencia, en GIL GIL *et al.* (coords.), Curso de Derecho penal. Parte General, 2.ª edición, Madrid, 2015, p. 385; DÍEZ RIPOLLÉS, Parte general, 2020, p. 404.

¹² Vid. PEÑARANDA RAMOS, La participación, 1990, pp. 255 s.; OLMEDO CARDENETE, La inducción, 1999, p. 206; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Revista de Estudios de la Justicia, n. 10, pp. 43 s.; PÉREZ ALONSO, Fundamentos, 2010, p. 410; GÓRRIZ ROYO, E., Autoría y participación a la luz de la acción significativa: algunas consecuencias derivadas de adoptar el criterio de accesoriadad mínima, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), Lenguaje y dogmática penal, Valencia, 2019, p. 104; DÍEZ RIPOLLÉS, Parte general, p. 404; MOLINA FERNÁNDEZ, Memento, 2022, margs. 2985.

¹³ Vid. GÓRRIZ ROYO, Lenguaje y dogmática, 2019, p. 103.

¹⁴ Vid. PEÑARANDA RAMOS, La participación, 1990, p. 337; GÓMEZ RIVERO, C., La inducción a cometer el delito, Valencia, 1995, pp. 27 s.; OLMEDO CARDENETE, La inducción, 1999, pp. 208 s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Revista de Estudios de la Justicia, n. 10, pp. 44; PÉREZ ALONSO, Fundamentos, 2010, p. 410; MELENDO PARDOS, Parte General, 2015, p. 386; MIR PUIG, S., Derecho Penal. Parte General, 10.ª edición, Barcelona, 2015, marg. 15/34; DÍEZ RIPOLLÉS, Parte general, p. 404; MOLINA FERNÁNDEZ, Memento, 2022, margs. 2985.

Mantienen un planteamiento mínimo, BOLDOVA PASAMAR, M. A., La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva, Madrid, 1995, pp. 144 ss., y uno mínimo reducido a la parte objetiva del tipo, ROBLES PLANAS, La participación, 2003, pp. 220 s.; ídem, Política Criminal, vol. 15, n. 30, 2020, p. 1001; GÓRRIZ ROYO, Lenguaje y dogmática, 2019, pp. 111 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN, EPC, vol. 40, 2020, pp. 859 ss., 881; MARTÍNEZ SANROMÀ, Motivación, 2023, pp. 285 ss. Demanda una accesoriadad máxima VACCHELLI, E., Intervención delictiva: significado y función del principio de accesoriadad, Barcelona, 2020, pp. 310 ss. (que fue igualmente defendida por los valedores de la teoría de la participación en la culpabilidad –Schuldteilnahmetheorie–, vid. MAYER, E., Strafrecht, allgemeiner Teil, Stuttgart, 1953, marg. 49/II).

¹⁵ No obstante, especificar que cuantitativamente tiene que llegar a la fase de tentativa o consumación acarrea, al menos, que el comportamiento sea objetivamente típico.

consumada y que no se pueda requerir que tenga el grado de tentativa o incluso de preparación¹⁶.

(3) La configuración de los planos externos e internos de la accesoriidad influye de manera diferente en los modelos estrictos formales y materiales de accesoriidad al tener una diferente estructura de su injusto.

(a) Cuando la accesoriidad estricta es formal solo se podrá punir la participación cuando el comportamiento del autor alcance o supere la fase cuantitativa y cualitativa que se haya establecido como condición de punibilidad. Hasta ese instante el grado de ejecución inferior al límite marcado o no haber llegado al nivel de la teoría del delito requerido supondrán necesariamente la irresponsabilidad del partícipe. En cambio, cuando concorra este comportamiento principal la conducta del partícipe podrá ser sancionada, pero no necesariamente, ello se subordina al logro previo de los requisitos de su propio injusto y culpabilidad. De forma que podría haber, por ejemplo, una participación justificada en una conducta típica y antijurídica del autor principal.

El autor principal no debe haber realizado cualquier conducta, sino el delito concreto al que ha inducido el partícipe o en el que quiere colaborar. Este determina en cuanto tipo de referencia el marco punitivo del interviniente secundario que será precisado a continuación en función de factores asociados exclusivamente con el grado de injusto y culpabilidad de su comportamiento¹⁷. Por último, la conducta de autor principal no transmite al partícipe aquellos elementos personales que no concurren en él. Se individualizan las responsabilidades de modo que, por ejemplo, el partícipe *extraneus* solamente podrá ser responsable por el delito común¹⁸. Su sanción por el delito especial requeriría una decisión, situada en el nivel de la accesoriidad amplia: crear un precepto que enuncie que el bien jurídico también está tutelado frente a la generalidad de los partícipes *extraneus*¹⁹.

¹⁶ Aunque se parte de una impunidad general de la preparación, esta puede sancionarse excepcionalmente para maximizar la protección del bien jurídico tutelado, como sucede, por ejemplo, con la proposición al delito. Por otro lado, se puede afirmar que la tentativa inacabada es un inicio formal de la ejecución que engloba conductas que materialmente no han superado la fase de preparación.

¹⁷ Como ya he indicado debería existir una genérica rebaja de pena para la intervención secundaria en relación con la prevista en el tipo de referencia de autoría consumado.

¹⁸ También sería posible sancionar al *intraneus* por el delito especial impropio, aunque al autor *extraneus* únicamente se le pudiera imputar el delito común. MOLINA FERNÁNDEZ, Memento, 2022, margs. 3003, sostiene que en ese supuesto se debe sancionar al partícipe *intraneus* y añade que al hacerlo se prescinde de la accesoriidad (en el sentido estricto material según el planteamiento de este trabajo).

¹⁹ En el ejemplo de la nota anterior las posibilidades de sanción del partícipe *intraneus* en un delito especial propio cometido por un irresponsable *extraneus* pasarían por prescindir del requisito de la accesoriidad formal, definirla como la mera exigencia de un «hecho», aunque no sea delictivo para el autor principal, o utilizar un concepto amplio de la autoría mediata.

(b) En la accesoriadad estricta material el comportamiento del autor es un factor que condiciona el momento en que se consuma el ilícito del partícipe. De este modo, cuando la actuación del autor principal no logra los niveles de accesoriadad externos e internos elegidos tendremos una tentativa de participación al faltar su resultado segundo. Ahora bien, a diferencia de lo que sucedía en el modelo formal, ello no implica necesariamente la irresponsabilidad del partícipe, puesto que se puede decidir que la tentativa de participación es punible, en qué casos y con qué pena²⁰. Con todo, la no satisfacción por el autor de lo requerido cualitativamente puede suponer directamente la irresponsabilidad del partícipe porque, por ejemplo en un sistema de accesoriadad limitada su conducta se considere justificada cuando el autor al actúa bajo una causa de justificación. En estas situaciones no habrá espacio para la tentativa si esta comunicación se produce de manera automática (modelo de dependencia absoluta). Será viable, en cambio, cuando esta transferencia requiera que el aspecto que determina la irresponsabilidad del autor haya sido abarcado por el dolo del partícipe (modelo de dependencia relativa)²¹.

Si la conducta del autor traspasa el umbral fijado por la accesoriadad la participación estará consumada. Una vez colmado este requisito se deben aclarar una serie de aspectos.

i. Un planteamiento estricto de la accesoriadad que reconoce un ámbito de autonomía del injusto del partícipe permite su irresponsabilidad por aspectos propios de su conducta en fases abarcadas por la configuración de la accesoriadad interna, ya que requiere una doble consumación: del injusto propio del partícipe y del dependiente del autor principal. De ahí que fuera viable, por ejemplo, una participación justificada en una conducta antijurídica del autor.

ii. La configuración de la accesoriadad estricta interna marca la fase de la teoría del delito a partir de la que los ámbitos de responsabilidad de autor y partícipe se separan: superada esa frontera cada uno responderá en función de las circunstancias que en ellos concurren²². No obstante, es cierto que cuando se mantiene un modelo estricto material que no reclama una dependencia absoluta de la conducta del autor principal y reconoce un ámbito de autonomía del injusto de partícipe, la medida su dolo, por ejemplo, hace posible una frag-

²⁰ Esto es lo que sucede con la proposición y la provocación, tentativas de inducción privadas y públicas respectivamente, que se sancionan con una pena inferior en uno o dos grados a la del delito de referencia consumado, vid. arts. 17 y 18 CP.

²¹ Por ejemplo, si el partícipe desconociera que el autor iba a actuar en un contexto de justificación, tendríamos una tentativa de participación no justificada que podría ser sancionada si se ha resuelto que son punibles.

²² Vid. PÉREZ ALONSO, Fundamentos, 2010, p. 410; MIR PUIG, Parte General, 2015, marg. 15/31; LUZÓN PEÑA, D., Derecho Penal. Parte General, 3.ª edición, Valencia, 2016, marg. 26/65.

mentación de las parcelas de responsabilidad de ambos sin necesidad de rebajar el nivel de accesoriadad cualitativa limitada.

iii. El marco punitivo no podrá exceder al que corresponda por el grado de ejecución del autor principal. Si este no sobrepasa la fase de tentativa el incitador debería ser castigado como inductor a la tentativa y con la pena prevista para esta (uno o dos grados menos, artículo 62 CP)²³.

iv. El aspecto negativo de la accesoriadad estricta restringe la responsabilidad del partícipe: únicamente es viable cuando se ha realizado un hecho principal que cumple las demandas de la vertiente externa e interna de la accesoriadad. El positivo se refiere a la posibilidad de aplicar al partícipe un tipo cuyas circunstancias personales o materiales concurren exclusivamente en el autor o en su conducta²⁴: la conexión con el comportamiento principal justifica su transmisión automática hasta la fase de responsabilidad penal compartida. En el modelo de dependencia relativa esta comunicación está subordinada a que estas circunstancias sean abarcadas por el dolo del partícipe. También podría plantear que esta extensión debe venir acompañada de una pena atenuada porque en un sentido estricto estas circunstancias no concurren en el partícipe ni las ha creado²⁵.

v. Desde el enfoque de la accesoriadad estricta material habrá una infracción del principio de accesoriadad cuando la responsabilidad del partícipe se independice de la conducta del autor principal, pero también cuando se impute al partícipe un delito que no coincide con el realmente ejecutado por el autor, esto es, una conducta que no haya sido practicada por el autor o que supere de lo que este ha llevado a cabo. Ello conlleva, por ejemplo, que el *intra-neus* que participa en el delito cometido por el *extraneus* debe ser responsable solamente por la conducta imputable a este último. Sin embargo, no se quiebra la accesoriadad estricta material cuando en un modelo que no depende de forma absoluta de la conducta del autor se rompa la igualdad en el título de imputación porque la totalidad del comportamiento que este efectúa no es englobado por el dolo del partícipe, que solo alcanza una *parte* de lo efectuado por el autor principal cuando hay varios tipos en una relación lógico formal de subordina-

²³ Vid. RUIZ ANTÓN, CPCr, n. 11, 19801, pp. 63 ss.; PÉREZ ALONSO, Fundamentos, 2010, p. 410; DíEZ RIPOLLÉS, Parte general, p. 404.

²⁴ Vid. al respecto PEÑARANDA RAMOS, La participación, 1990, pp. 338 s., 355; ROBLES PLANAS, La participación, 2003, pp. 166-69.

²⁵ Defienden, no obstante, la individualización de la responsabilidad de los intervinientes, DíEZ RIPOLLÉS, Parte general, 2020, p. 422; PÉREZ ALONSO, Fundamentos, 2010, p. 418 (para los delitos especiales impropios); MOLINA FERNÁNDEZ, Memento, 2022, margs. 2997 ss. (respecto a los elementos de actividad interna). Solución que rompe con la lógica de la accesoriadad estricta material, pero que responde adecuadamente a la del modelo estricto formal.

ción²⁶. Por ejemplo, cuando no es posible la comunicabilidad de las circunstancias al no ser conocidas por el partícipe, este será responsable por el tipo básico.

III. RELACIÓN ENTRE LA CLASE DE ACCESORIEDAD Y LOS SISTEMAS DE FUNDAMENTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL PARTÍCIPE

(1) El modelo de depuración de la responsabilidad del interviniente secundario viene condicionada por la forma cómo se ajusten dos variables: el tipo de accesoriadad que se defienda (amplia, estricta configuradora del injusto, estricta como condición de punibilidad) y la vertiente (interna o externa) de que se trate. Se pueden organizar las posibles combinaciones en cuatro niveles:

(1) Accesoriadad amplia	(a) No se mantiene. La intervención, secundaria y mediata respecto a un bien jurídico, lesiona directamente y de forma consumada otro bien jurídico específico. Materialmente la conducta deja de ser una participación.	(b) Se mantiene. Vinculación con un tipo de referencia de la parte especial en el que se participa.		
(2) Accesoriadad estricta	(a) Material absoluta. La conducta realizada por el autor principal configura el injusto del partícipe.	(b) Material moderada. Injusto del partícipe tiene una parte autónoma y otra configurada por la conducta del autor.	(c) Formal. Intervención secundaria y mediata con injusto propio que mantiene una conexión con la conducta realizada por el autor como condición de punibilidad	(d) No se mantiene. Intervención secundaria y mediata con injusto propio independiente de lo realizado por el autor.
(3) Vertiente externa o cuantitativa de la accesoriadad estricta	(a) Preparación	(b) Tentativa	(c) Consumación	

²⁶ Vid. PEÑARANDA RAMOS, E., Concurso de leyes, error y participación en el delito, Madrid, 1991, pp. 174 ss.

(4) Vertiente interna o cualitativa de la accesoriidad estricta (a) Típica (b) Antijurídica (c) Culpable (d) Punible

(2) Se aprecia como pueden surgir diversos sistemas de fundamentación de la responsabilidad penal de la participación delictiva que pueden prescindir completamente (1.a) de este principio o utilizarlo únicamente en su sentido amplio (2.d) o emplearlo en su modo estricto, pero de maneras muy diferentes (2.a; 2.b; 2.c) en todas sus vertientes (3 y 4).

Según cómo se combinen los puntos 1 y 2 de este esquema se pueden formar cuatro modelos (dentro de las teorías de la causación en un sentido amplio) de fundamentación de la participación: (a) participación autónoma extrema, (b) participación autónoma moderada, (c) participación accesoria extrema y (d) participación accesoria moderada. Todas ellas se caracterizan porque consideran que la participación supone una aportación causal en la lesión del bien jurídico protegido. Ahora bien, las teorías de la participación autónomas (a y b) sostienen que el partícipe responde penalmente solamente por el injusto propio de su comportamiento. La postura extrema (a) de esta teoría se independiza de una conducta principal y se produce, por tanto, una negación de la accesoriidad estricta configuradora del injusto, pero mantiene la amplia. Otras versiones autónomas (b), más moderadas (teorías de la causación pura), reconocen cierta vinculación con el hecho principal que es un requisito que limita la punibilidad. En cambio, las teorías de la participación accesoria estricta configuradora del injusto (c y d) defienden que el injusto de la participación está determinado en su fundamento y medida por el hecho principal. A partir de aquí se divide en dos corrientes, (c) una extrema (la teoría de la causación orientada a la accesoriidad o teoría del favorecimiento) que defiende un sometimiento absoluto del injusto del partícipe al del autor, y (d) una moderada (la teoría del ataque accesorio²⁷), que sustenta que hay una conexión entre el injusto del autor y del partícipe, pero que también disfruta de una parte autónoma²⁸.

²⁷ Esta teoría ha sido aceptada mayoritariamente por la doctrina española, vid. por todos GÓMEZ RIVERO, *La inducción*, 1995, pp. 55 ss.; OLMEDO CARDENETE, *La inducción*, p. 309; PÉREZ ALONSO, *Fundamentos*, 2010, p. 409.

²⁸ Sobre el fundamento de la participación desde la perspectiva de las teorías de la causación, vid. LÓPEZ PEREGRÍN, C., *La complicidad en el delito*, Valencia, 1997, pp. 125-58; FUENTES OSORIO, J. L., *Preparación delictiva*, Granada, 2007, pp. 220 s.

(3) La accesoriadad, en consecuencia, no se identifica con una sola línea de fundamentación de la punición de la participación. Cuanto mayor y más estricta sea la concepción de accesoriadad y mayores sean las exigencias cuantitativas y cualitativas, más complejo será el modelo de injusto de la participación resultante y menos supuestos de intervención delictiva secundaria podrán sancionarse.

(a) Si solo hay una accesoriadad amplia y si el bien jurídico de referencia está protegido frente a las formas de intervención secundaria la consumación de su injusto se supedita exclusivamente al comportamiento del partícipe. Ello dependerá de la definición de las formas típicas de participación lesivas (por ejemplo, se podría reducir la punibilidad de la intervención secundaria a la colaboración y excluir a las incitaciones²⁹) y de la descripción de los aspectos que deben cumplir estas conductas para que representen una lesión relevante del bien tutelado (incitación expresa e idónea, precisión del objeto del ataque y del plan delictivo, que se genere una resolución delictiva, etc.) Desde este primer planteamiento la extensión de la relevancia penal de la participación viene condicionada por una decisión normativa sobre si esta se restringirá al injusto consumado o si se incluirá las tentativas.

(b) Si la accesoriadad es estricta y formal el debate sobre el injusto de la conducta del partícipe se concentra igualmente en su comportamiento. La diferencia respecto al modelo anterior es que tenemos que tomar tres decisiones normativas sobre el ámbito de la responsabilidad del partícipe: (i) ¿será punible la tentativa de participación en función de su injusto? (ii) El marco de relevancia penal que surge de la respuesta a esta cuestión podrá ser limitado por una condición objetiva de punibilidad, la conducta del autor principal (iii) ¿Qué características externas e internas debe satisfacer este comportamiento principal para poder sancionar la participación?

(c) Si la accesoriadad es estricta material la conducta del partícipe no solo tendrá que cumplir los requisitos del injusto propios del acto específico de intervención secundaria, sino que la consumación se subordinará igualmente a la concurrencia del comportamiento del autor principal. El injusto del partícipe tendrá entonces dos resultados consecutivos. La falta de cualquiera de ellos provoca que la participación esté en grado de tentativa³⁰. Desde esta perspec-

²⁹ Se podría crear un modelo de depuración de la responsabilidad del partícipe que no incluyera a la inducción. Figura que se reconduciría parcialmente a la autoría mediata y a la complicidad (por aportar, por ejemplo, un preciso plan delictivo al autor, resuelto previamente o no a cometer el delito).

³⁰ El comportamiento estricto de la participación podría encontrarse en una fase preparatoria o de tentativa. En cambio, si el primer resultado está consumado y el segundo no (ya sea por aspecto el cuantitativo o el cualitativo) siempre tendremos una tentativa de participación.

tiva se observan cuatro niveles de decisión normativa sobre la relevancia penal de la participación: (i) ¿Hay un sometimiento absoluto o moderado del injusto del partícipe al hecho del autor? (ii) ¿Qué características internas y externas debe cumplir este comportamiento principal? Cuanto mayor sea el grado de responsabilidad penal requerido más difícil será la consumación. De ahí que si se adopta un concepto máximo de accesoriidad habrá una tentativa de participación hasta que el autor realice una conducta típica, antijurídica y culpable. Si, por el contrario, estuviera vigente el concepto mínimo, la tipicidad del comportamiento del autor bastaría para afirmar el carácter consumado de la participación. (iii) ¿Son punibles los supuestos en los que hay una tentativa de participación con resultado primero, pero sin concurrir la conducta del autor principal con las características demandas? (iv) ¿Las tentativas de participación vinculadas con el comportamiento participativo (por ejemplo, cuando no se ha creado la resolución delictiva) son punibles? El modelo que más reduce la responsabilidad demanda la consumación de ambos resultados para poder punir la participación, sin embargo, nada impide establecer otras configuraciones que admitan de forma genérica la sanción de la tentativa de uno de los resultados o de ambos (si bien con una pena menor que la prevista para la consumación). Solución menos problemática que intentar superar la incoherencia intrasistemática que conlleva implantar excepcionalmente la punición de las tentativas de participación dentro de la conformación más restrictiva.

CAPÍTULO XXIII

LA RELEVANCIA PENAL DEL COMPORTAMIENTO POSTDELICTIVO

JOSÉ LUÍS GONZÁLEZ CUSSAC

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Valencia

CATY VIDALES RODRÍGUEZ

Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Valencia

I. INTRODUCCIÓN

En 1985, el Profesor Dr. Javier de Vicente Remesal defendió en la Universidad de León la tesis doctoral que llevaba por título *El comportamiento delictivo*, trabajo que fue publicado ese mismo año. En él se analizaba, entre otros aspectos, la atenuante del artículo 9.9.^a del Código Penal anterior que hoy aparece escindida en las dos circunstancias que recogen los apartados cuarto y quinto del artículo 21; esto es, la confesión y la reparación del daño a la víctima. Examinó también el desistimiento en la tentativa y las circunstancias específicas que algunas figuras contemplaban basadas en esa actuación postdelictiva.

Muchos son los cambios que ha habido desde entonces y el comportamiento postdelictivo, lejos de tener sólo una eficacia eximente o atenuante, puede dar lugar a una responsabilidad adicional o agravar la ya existente e, incluso, condicionar la suspensión de la ejecución de la pena. Dado que de Vicente Remesal ya se ocupó, y lo hizo magistralmente, de las circunstancias genéricas y del desistimiento –y es poco lo que podríamos añadir– en lo que sigue vamos a referirnos a esos otros supuestos mencionados. Hacerlo así nos ha parecido una buena forma de expresar nuestro reconocimiento y afecto a un colega.

II. EL COMPORTAMIENTO POSTDELICTIVO COMO CAUSA DE EXENCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

Son varias las hipótesis en las que, por distintos motivos, la conducta llevada a cabo tras la comisión de un delito, supone una causa de levantamiento de la pena. Se atiende a razones político criminales que aconsejan premiar la evitación del daño; podría decirse, por tanto, que se atiende al interés preponderante. Como ejemplos de este proceder pueden citarse los artículos, 225 bis, 354, 426, 462 o 480.

El primero de ellos, referido a la sustracción de menores, permite dejar sin castigar al progenitor que, habiendo realizado la conducta descrita en el tipo, comunique al otro progenitor –o persona a quien corresponda legalmente el cuidado– el lugar de estancia del menor antes de que transcurran veinticuatro horas y se comprometa a la inmediata devolución o lo devuelva en dicho plazo. Si se excediese dicho período, pero la restitución se lleva a cabo dentro de los quince días siguientes a la sustracción, se impondrá una pena atenuada; en concreto, de seis meses a dos años.

Por su parte, el artículo 354 castiga con una pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses a quien prenda fuego a montes o masas forestales sin que llegue a propagarse el incendio. Ahora bien, si esta propagación es impedida por la acción voluntaria y positiva del autor, el hecho quedará exento de pena, en atención a lo dispuesto en el segundo apartado del citado precepto.

Idéntica previsión se contiene respecto a los supuestos de cohecho. En efecto, el artículo 426 establece que quedará exento de pena el particular que, tras acceder a la solicitud de una dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público, denuncie los hechos antes de que transcurran dos meses.

Los mismos efectos habrá de tener la retractación en tiempo y forma de quien ha prestado falso testimonio en una causa criminal y manifieste la verdad antes de que se dicte sentencia; siempre que, como consecuencia del falso testimonio, no se hubiera producido la privación de libertad, puesto que, de ser así, sería considerado como una causa de atenuación de la pena, debiendo imponerse la inferior en grado a la que corresponda, según dispone el artículo 462 del Código penal.

Finalmente, el artículo 480 contiene una causa de exención de la responsabilidad penal para el supuesto de que el implicado en un delito de rebelión, lo revele a tiempo de evitar sus consecuencias. Y, como en el supuesto anterior, también está prevista la rebaja en un grado de la pena para los meros ejecutores

que depongan las armas antes de haber hecho uso de ellas y se sometan a las autoridades legítimas. Asimismo, se impondrá la pena inferior en grado si los rebeldes se disolvieran o sometieran a la autoridad antes de la intimación o a consecuencia de ella.

Sin duda, un caso que merece algo más de atención es la llamada regularización tributaria a la que se refiere el artículo 305. Así es por cuanto que, desde su introducción en el Código Penal por medio de la Ley Orgánica 6/1995, de 29 de junio, se consideraba una excusa absolutoria. Sin embargo, la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre por la que se modifica el Código penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, pretende cambiar esa naturaleza y configurarla como una especie de elemento negativo del tipo¹; si bien es cierto que, con la redacción dada, no queda del todo claro si estamos ante un elemento negativo del tipo, si es una causa de justificación, si se trata de una forma de desistimiento, si es una excusa absolutoria o si, por último, sigue siendo una causa de levantamiento de la pena. En cualquier caso, lo que no parece pueda discutirse es que ese comportamiento postdelictivo tiene unos claros efectos que son plenamente coincidentes con los que se le reconoce en el artículo 307 y 308 en relación con los fraudes a la Seguridad Social o el fraude de subvenciones, pero que, y de ahí lo paradójico de la situación, difieren cuando se trata del fraude a las prestaciones del sistema de la Seguridad Social que castiga el artículo 307 ter, introducido también en dicha reforma. En este último caso, además de que se prescinde de una cuantía mínima, la regularización se configura como una causa excusa; posibilitando, por tanto, la ulterior apreciación de un delito de blanqueo².

¹ El Preámbulo de la citada Ley, alude a al verdadero reverso del delito capaz de neutralizar tanto el desvalor de la acción como el de resultado. Supone, en atención a lo afirmado en la exposición preliminar, «el pleno *retorno a la legalidad* que pone fin a la lesión provisional del bien jurídico protegido producida por la defraudación consumada con el inicial incumplimiento de las obligaciones tributarias», por lo que la regularización de la situación tributaria hace desaparecer el injusto. En otros términos, la posterior regularización de la situación tributaria borra la lesión al bien jurídico y de ahí que, según parece, estemos ante lo que QUERALT JIMÉNEZ ha denominado denomina «*antijuridicidad material de quita y pon*». QUERALT JIMÉNEZ, J. J., La regularización como comportamiento postdelictivo en el delito fiscal, en Política fiscal y Delitos contra la Hacienda Pública. (Dir. M. Bajo Fernández), Ed. Ramón Areces. Madrid, 2006, p. 58.

² Precisamente, la evitación de que se estime un concurso entre el fraude fiscal –o el fraude a la Seguridad Social– y el delito de blanqueo parece ser la verdadera finalidad a la que obedece la aparente reforma de la naturaleza jurídica de la regularización. Sobre esta cuestión, puede verse, Vidales Rodríguez, C., Derecho penal del amigo. (Reflexiones críticas acerca de la reciente modificación de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social), en Revista de Derecho y Proceso Penal, 32. 2013; p. 270 ss.

III. EL COMPORTAMIENTO POSTDELICTIVO COMO CAUSA ESPECÍFICA DE ATENUACIÓN

En ocasiones, el comportamiento postdelictivo se toma en consideración para configurar tipos privilegiados. Al margen de los supuestos en los que no se dan todos los requisitos para eximir de responsabilidad penal a los que acabamos de referirnos, es de cita obligada el artículo 163.2 para los casos en los que se ponga en libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de la detención, hecho que obliga a rebajar la pena en un grado. El fundamento no es otro que el menor contenido de injusto.

Otras veces, se tiene en cuenta el esfuerzo por reparar el daño ocasionado o las circunstancias del sujeto. Desde la primera perspectiva cabe citar los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente. En efecto, el artículo 340 dispone que, si el culpable hubiera procedido a reparar el daño ocasionado de manera voluntaria, se le impondrá la pena inferior en grado a las respectivamente previstas. Atendiendo al segundo aspecto, es de cita obligada el segundo párrafo del artículo 376. En este caso se faculta a jueces y tribunales a imponer la pena inferior en uno o dos grados al reo que cometiera algún delito de narcotráfico siendo dependiente y acredite suficientemente haber finalizado con éxito un tratamiento de deshabitación. El único límite para tal posibilidad es que la cantidad de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas con las que se ha traficado no sea de notoria importancia o la conduzca realizada merezca la consideración de extrema gravedad.

Tampoco faltan ejemplos en los que la rebaja de la pena responde a razones político criminales. Es lo que sucede con la atenuante que recoge el artículo 579 bis 3. En atención a lo allí dispuesto, se permite imponer la pena inferior en uno o dos grados en los delitos de terrorismo cuando el sujeto haya abandonado las actividades delictivas, confiese su participación y colabore activamente para impedir la producción del delito, facilitar pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir el desarrollo de estas organizaciones. Hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995, este era el único supuesto que permitía aminorar la pena por estos motivos. El nuevo texto punitivo extendió tal previsión a los delitos relacionados con el tráfico de drogas (artículo 376) y, posteriormente, adoptó idéntica medida en el artículo 570 quáter 4 respecto de los delitos de organizaciones y grupos criminales.

Más recientemente, se ha introducido un supuesto análogo en un ámbito en el que es más difícil justificar tal inclusión y, por ello, merece un comentario

más detenido. Nos referimos a la causa específica de atenuación de la pena que se introdujo en 2012 en relación con los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social. En este sentido no puede desconocerse que en todos los delitos en los que se adopta tal técnica premial, deben vencerse considerables dificultades en la investigación y persecución de los mismos; de ahí que se premie la delación. Sin embargo, en esta ocasión, como ha señalado, Iglesias Río, en la fase en la que se produce, antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como imputado, «la Administración se encuentra en condiciones de descubrir el delito sin necesidad de ayuda del sujeto para que afloren fuentes defraudadas ocultas»³.

Con todo, la diferencia más notable, y el principal argumento que permite cuestionar el acierto de esta medida, es la que se refiere a que en los tres casos en los que existe una disposición similar, se requiere tanto un abandono voluntario de las actividades delictivas como una colaboración activa del sujeto con alguna de las finalidades que se explicitan. Ahora, en cambio, se distingue en atención a la intervención del sujeto en el delito. Así, de tratarse del *obligado tributario* o del *autor* no se precisa ni lo uno, ni lo otro; basta con la satisfacción de la deuda tributaria y el reconocimiento judicial de los hechos. Cuando, por el contrario, se trata de *intervenientes distintos* al obligado tributario o al autor del delito se exige –con igual imprecisión y con idénticas objeciones que se han señalado respecto de las conocidas fórmulas premiales⁴– la consabida colaboración activa, prescindiéndose de la renuncia a la continuidad delictiva y sin que nada se diga respecto del reconocimiento de los hechos.

Ante tales divergencias, no parece impropio preguntarse si las mismas razones político criminales que motivan las ya existentes manifestaciones de un Derecho penal premial subsisten en relación con la última previsión que se ha incorporado. De un lado, el fundamento pragmático se ve seriamente reducido por cuanto que, ni van dirigidas a evitar la comisión de futuras infracciones, ni puede ser necesarias para el descubrimiento de los hechos. Y, de otro, resulta discutible que en estas hipótesis exista una menor necesidad de

³ IGLESIAS RÍO, M. A., Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social: arts. 305 a 310, en Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013; p. 824.

⁴ Una opinión crítica puede verse, entre otros, en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., Atenuación y remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas, en Cuadernos de Política Criminal, 20, 1986, p. 559 ss.; GARCÍA RIVAS, N., Motivación a la delación en la legislación antiterrorista, en Poder Judicial, 10, 1984, p. 107 ss.; LAMARCA PÉREZ, C., Tratamiento jurídico del terrorismo. Madrid, 1985, p. 346 ss.; CUERDA ARNAU, M. L., Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo. Ministerio de Justicia. Madrid, 1995; QUINTANAR DÍAZ, M., La justicia penal y los denominados «arrepentidos». Ed. Edersa. Madrid, 1996; y MUÑOZ CONDE, F., Los arrepentidos en el caso de la criminalidad o delincuencia organizada, en La criminalidad organizada. Sevilla, 1997, p. 143 ss.

pena, tanto desde la prevención general como especial⁵. En este sentido, Iglesias Ríó afirma acertadamente que, desde la primera de las perspectivas, se corre el riesgo de que se pierda el mensaje intimidatorio de la pena generando así el descrédito de gran parte de la ciudadanía. Además, constituye un factor criminógeno de contagio al delito. Pero no menos injustificable parece esta medida atendiendo a la prevención especial por la falta de espontaneidad y autorresocialización⁶. Parece, pues, que el fundamento no es otro que el de incentivar el pago de la deuda tributaria.

No puede ponerse fin a este apartado sin hacer mención de las atenuantes específicamente prevista para las personas jurídicas que recoge el apartado cuarto del artículo 31 bis. Las causas que podrían dar lugar a dicha aminoración son la confesión de la infracción antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ellas, la colaboración en la investigación aportando pruebas que permitan dirimir las responsabilidades penales dimanantes de los hechos, la reparación o disminución del daño con anterioridad a la apertura del juicio oral o, también antes de ese momento, haber establecido medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que pudieran cometerse en un futuro⁷. Todas ellas tienen, como ha señalado González Cussac, un carácter postdelictivo conectado al arrepentimiento y a la colaboración procesal. De ahí que su fundamento resida en razones político-criminales que justifican una menor necesidad de pena⁸.

IV. EL COMPORTAMIENTO POSTDELICTIVO COMO DELITO

El blanqueo o, por mejor decir, el autoblanqueo, constituye un buen ejemplo de la incriminación de una conducta postdelictiva. Desde que la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, admitiera expresamente que el responsable del delito del que los bienes proceden puede ser también autor del delito de blanqueo, no ha dejado de generar importantes problemas interpretativos. Al respecto, piénsese que en esa misma ocasión se reintrodujeron la posesión y utilización de bienes como comportamientos típicos y, en consecuencia, puede

⁵ Reconoce este doble fundamento CUERDA ARNAU, M. L., *Atenuación...*, *op. cit.*; p. 329 ss.

⁶ IGLESIAS RÍO, M. A., *Delitos...*, *op. cit.*, p. 824 ss.

⁷ Un comentario de las mismas, puede verse en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2020, p. 251 ss.

⁸ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 250.

propiciar una aplicación desmesurada del precepto que no tardó en ser denunciada⁹ y que explica los serios intentos de restringir su ámbito.

Así, se ha sugerido que debiera apreciarse con carácter subsidiario; esto es, únicamente en aquellos supuestos en los que no pueda castigarse el delito previo¹⁰. Otra opción consiste en interpretar que todos los actos típicos deben estar encaminados a la ocultación del origen delictivo de los bienes o a auxiliar a los autores del delito a eludir su responsabilidad penal¹¹. Tampoco han faltado las alusiones al principio de insignificancia¹², al que se le añaden ulteriores referencias a la capacidad del comportamiento realizado para conseguir la incorporación de los bienes ilícitamente obtenidos al tráfico económico¹³. Asimismo, se ha considerado oportuno reducir el castigo del autoblanqueo a las operaciones sucesivas distintas de la primera adquisición¹⁴. Y, por último, se ha exigido un cambio de titularidad o la ocultación de los bienes de tal manera que permita enmascarar dicha procedencia¹⁵.

Idéntico afán corrector se observa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya que, la decisión legislativa de tipificar expresamente el autoblanqueo no aplaca, en contra de lo pretendido, los celos que tal medida suscita. Como admite la sentencia del Tribunal Supremo 884/2012, de 8 de noviembre, entraña no pocas dificultades establecer una distinción entre aquellos actos que in-

⁹ ABEL SOUTO, M., La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 79, 2011; p.13 ss.; y DEL CARPIO DELGADO, J., La posesión y utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo de capitales, en *Revista General de Derecho Penal*, 14, 2011; p. 1 ss. VIDALES RODRÍGUEZ, C., La posesión y utilización de bienes como actos de blanqueo en la legislación penal española, en *Dereito e Desenvolvemento*. Vol. 3, n.º 6, 2012; p. 45 ss. BLANCO CORDERO, I., El delito de blanqueo de capitales. Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, 4.ª Ed. Cizur Menor, 2015; p. 561 ss.; MATALLÍN EVANGELIO, A., La posesión y utilización de los bienes como formas de blanqueo: excesos punitivos y criterios de corrección, en *Compliance y prevención de delitos de corrupción*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2018; p. 193 ss.

¹⁰ QUINTERO OLIVARES, G., Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la recepción civil, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2010; p. 20. Disponible en criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-r2.pdf

¹¹ DEL CARPIO DELGADO, J., La posesión y utilización..., *op cit*, p. 9 ss.

¹² DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., El castigo del autoblanqueo en la reforma penal de 2010. Autoría y participación en el delito de blanqueo de capitales, en *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Coord. ABEL SOUTO, M./SÁNCHEZ STEWART, N., Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012, p. 281 ss.

¹³ ABEL SOUTO, M. La expansión..., *op. cit*; p. 13; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./FABIÁN CAPPARRÓS, E. A., La 'emancipación' del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español, en *Un derecho penal comprometido. Libro homenaje al Prof. Dr. G. Landrove Díaz (Muñoz Conde, F./Lorenzo Salgado, J. M./ Ferré Olivé, J. C./Cortés Bechiarelli, E. /Núñez Paz, M. A., Dirs.)*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011, p. 139.

¹⁴ MATALLÍN EVANGELIO, A., El 'autoblanqueo' de capitales, en *Revista General de Derecho Penal*, 20, 2013; p. 21 ss.

¹⁵ FARALDO CABANA, P., Antes y después de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales, en *Estudios Penales y Criminológicos*, XXXIV, 2014; p. 61 ss.

tegran la fase de agotamiento del delito de aquellos otros que, por el contrario, constituyen un delito distinto al suponer una nueva ofensa al bien jurídico. A partir de la sentencia del Tribunal Supremo 265/2015, de 29 de abril, se ha ido asentando la idea de que la esencia del tipo es ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes que tienen su origen en una actividad delictiva lo que, en consecuencia, obliga a exigir que todo acto de blanqueo persiga la finalidad de ocultar o encubrir el origen de los bienes ilícitamente obtenidos o de ayudar a los responsables del delito a eludir las consecuencias legales de su actuar. No obstante, no se trata de una solución exenta de ser objeto de importantes objeciones que, obviamente, no procede tratar en esta sede ¹⁶.

Una muestra más de cómo un comportamiento postdelictivo puede adquirir relevancia penal lo encontramos en el artículo 382 bis, introducido por la Ley Orgánica 2/2019, de 1 de marzo, y recientemente reformado mediante la Ley Orgánica 11/2022, de 13 de septiembre. En este caso, se castiga al conductor de un vehículo a motor o ciclomotor que voluntariamente, y sin que exista peligro propio o de tercero, abandone el lugar tras causar un accidente en el que haya habido víctimas mortales o se hubieren producido alguna de las lesiones a las que se refieren los artículos 147.1, 149 y 150. A pesar de la pretendida independencia respecto de la conducta precedente, lo cierto es que la pena se modula en atención a si los hechos que motivan el abandono responden a una acción imprudente del conductor o, en cambio, el accidente tuviese un origen fortuito, lo que permite cuestionar esa declarada autonomía ¹⁷. En el primer caso, la pena que responde es de prisión de seis meses a cuatro años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a cuatro años. En el segundo, la privación de libertad irá de tres a seis meses y la privación de dicho derecho, de seis meses a dos años.

Tampoco ahora estamos ante una decisión legislativa incuestionable. Antes, al contrario, se trata de un precepto ciertamente polémico. Son varios los motivos que permiten cuestionar el acierto de esta medida. El primero de ellos, las considerables dificultades para identificar un bien jurídico digno y necesitado de tutela que legitime la intervención penal. No menores son los reparos que derivan de la afección que puede suponer en los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. Finalmente, no puede desconocerse el

¹⁶ Al respecto, puede verse VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Autoblanqueo: criterios restrictivos y efectos perversos*, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 67, 2022; p. 93 ss.

¹⁷ En igual sentido MAGRO SERVET, V., *El nuevo delito de fuga del art. 382 bis CP en la siniestralidad vial*, en *Diario La Ley* 136/2019; n.º 9346 de 28 de enero de 2019.

solapamiento que se origina con el más clásico delito de omisión del deber de socorro. Así las cosas, no es de extrañar la opinión crítica que ha suscitado¹⁸.

V. EL COMPORTAMIENTO POSTDELICTIVO COMO CUALIFICACIÓN PENAL

Relacionado con la figura a la que se acaba de hacer referencia, aparecen los supuestos cualificados del delito de omisión del deber de socorro. El apartado tercero del artículo 195 agrava la responsabilidad cuando quien omite el socorro debido ha sido quien ha causado el accidente, de forma fortuita o imprudente. De este modo, mientras que la omisión del deber de socorro genérica se castiga con una pena de multa de tres a doce meses, al subtipo agravado le corresponde una pena privativa de libertad de entre seis y dieciocho meses, en el supuesto de que la causación haya sido fortuita, y de seis meses a cuatro años, cuando hubiese sido negligente.

Como ya se ha apuntado, el solapamiento con el delito de abandono del lugar del accidente es inevitable, al menos en determinadas hipótesis; lo que obliga a efectuar una diferenciación que delimite el ámbito de aplicación de cada precepto. Así, un primer factor lo encontramos en que el delito de abandono limita su eficacia a los accidentes de tráfico –y de ahí que sujeto activo sólo pueda serlo el conductor– en cambio, la omisión del deber de socorro tiene un alcance más amplio y puede ser autor cualquier omitente que haya causado el accidente. Respecto de la conducta, en el caso que nos ocupa, no consiste en abandonar el lugar del accidente, sino en no socorrer o no demandar auxilio. Finalmente, en cuanto a la víctima, en el artículo 195 se exige que se halle en situación de desamparo y en peligro manifiesto y grave; sin embargo, el delito de abandono en modo alguno requiere ese estado, pudiendo apreciarse, incluso, en caso de fallecimiento. Ahora bien, falta por determinar si estas diferencias justifican la disparidad penológica que se observa entre ambas conductas¹⁹. En cualquier caso, lo que no puede cuestionarse es que, en los dos supuestos, el comportamiento postdelictivo tiene una clara repercusión negativa.

¹⁸ Puede verse, entre otros, BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., Primeras reflexiones a vuelapluma acerca del delito de abandono del lugar del accidente del artículo 382 bis CP. El nuevo delito ‘de fuga’, en *Revista de Empresa, Derecho y Sociedad*, n.º 13, 2018; 66 ss.; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., El delito de abandono del lugar del accidente del nuevo artículo 382 bis CP. Una reforma inadecuada e innecesaria, en *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*, 2020; p. 705 ss.

¹⁹ Sobre el tema, puede verse VIDALES RODRÍGUEZ, C., El delito de abandono del lugar del accidente: un análisis orientado a las consecuencias, en *Libro Homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario*, Ed. Reus, Madrid, 2020, p. 1988 ss.

Lo mismo sucede en relación con la producción de la muerte tras la comisión de un delito contra la libertad sexual. De tratarse de un homicidio, el artículo 138.2 establece la obligación de imponer la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero. Si, en cambio, se trata de un asesinato, en atención a lo dispuesto en el artículo 140.1, la pena a imponer será la prisión permanente revisable. Sin abandonar este ámbito, tras la reforma del Código penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se considera un supuesto de asesinato la muerte de otro para facilitar la comisión de un delito distinto o para evitar que se descubra. Vemos, pues, que, en este segundo caso, estamos ante un supuesto de comportamiento postdelictivo con efectos agravantes. Otra cosa es el juicio que tal medida merezca²⁰.

Y, por último, puede mencionarse las cualificaciones que contiene el artículo 166 respecto de los delitos de detención ilegal y secuestro. La primera de ellas se refiere a los casos en los que no se dé razón del paradero de la persona privada de libertad que, para el caso de la detención ilegal, supondrá la imposición de una pena privativa de libertad de diez a quince años. En el supuesto de que se trate de un secuestro, la pena será de quince a veinte años, según establece el apartado primero del artículo 166. Por su parte la letra b) del apartado segundo del precepto citado también contiene una agravación basada en la actuación posterior ya que, como alternativa a que la detención ilegal o el secuestro se hubieran llevado a cabo con la intención de atentar contra la libertad o la indemnidad sexual de la víctima, se endurecerá la respuesta penal cuando se haya actuado posteriormente con esa finalidad. La pena entonces será de quince a veinte años, si se trata de una detención ilegal y de veinte a veinticinco, si fuese un secuestro.

VI. EL COMPORTAMIENTO POSTDELICTIVO COMO CONDICIÓN DE LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

El comportamiento postdelictivo puede incidir en relación con la suspensión de la ejecución de la pena. En efecto, en relación con lo que podríamos denominar suspensión genérica, el segundo párrafo del artículo 80.1 establece la obligación de que el juzgador tome en consideración, para decidir o no la

²⁰ Un comentario crítico puede verse en SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Del homicidio y sus formas*, en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., (Dir.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015; p. 477.

suspensión, una serie de circunstancias entre las que figura la conducta del penado posterior al hecho y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño.

A idéntico criterio debe prestársele atención, según dispone el apartado tercero del artículo 80, cuando el penado no sea un delincuente primario – siempre que se trate de un reo habitual– y a pesar de que el período de condena exceda de dos años, cuando así lo aconsejen las circunstancias que concurran.

Por último, también se exime del cumplimiento de los requisitos generales para la suspensión en aquellos casos en los que la pena privativa de libertad no sea superior a cinco años y el reo hubiese cometido el delito a causa de su drogadicción. Para ello constituye una exigencia ineludible que certifique suficientemente que se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento deshabitador (artículo 80.4 del Código Penal).

En definitiva, y a diferencia de los supuestos anteriormente referidos, en estos casos, la actuación posterior no tiene un reflejo en la pena; si afecta, no obstante, a su cumplimiento o, más propiamente, a la paralización de su cumplimiento.

CAPÍTULO XXIV

TENTATIVA E DOLO EVENTUAL

LUÍS GRECO

Catedrático de Direito Penal, Direito Processual Penal,
Direito Penal Estrangeiro e Teoria do Direito Penal.
Universidade Humboldt de Berlim (Alemania).
Patrono da FICP

I. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS. DEDICATÓRIA

Meu amigo Javier de Vicente, que recebe essa justa homenagem, é um dos mais destacados dogmáticos espanhóis. Mesmo o seu interesse por temas de direito penal da medicina parece, a meus olhos, dirigir-se em primeira linha aos difíceis problemas dogmáticos que esse setor oferece. Quero, assim, dedicar-lhe uma reflexão sobre um tema também dogmático, que é o da conexão entre tentativa e dolo eventual. O que me motiva é que, em que, em alguns países de nosso círculo ítalo-íbero-americano, há não poucas vozes que questionam a compatibilidade da tentativa com dolo eventual; disso cuidarei na primeira parte de minhas reflexões (abaixo, II.). Além disso, creio que a figura da tentativa pode mostrar-se como via régia para distinguir dolo eventual e culpa consciente, com relativa independência dos difíceis debates que nesse âmbito se colocam; proporei, na segunda parte de minhas reflexões, aquilo a que darei o nome de «teste de tentativa» (abaixo, III.).

II. A COMPATIBILIDADE DA TENTATIVA COM O DOLO EVENTUAL

Se, na Alemanha, não parece haver atualmente ninguém que questione a compatibilidade entre tentativa e dolo eventual,¹ na Espanha e em Portugal já se encontra pelo menos um ou outro penalista em exercício que a defenda.² Na Itália o quadro já parece, de alguma forma, um pouco menos desequilibrado.³ É no Chile⁴ e na Argentina⁵ que a tese parece ter mais adeptos, tendo ali ganho até mesmo aceitação jurisprudencial⁶. Também no há alguns, ainda que poucos, doutrinadores que se manifestam nesse sentido⁷.

Há três estratégias fundamentais à disposição de quem argumenta contra a possibilidade de tentativa com dolo eventual. A primeira, em um nível relativamente raso, é a de que recorrer à *literalidade da lei* e afirmar que o próprio direito positivo exclui essa possibilidade (abaixo, 1.). A segunda, mais profunda, é ativar os *fundamentos dogmáticos* ou do dolo, ou da tentativa, ou dos dois, e derivar daí essa conclusão (abaixo, 2.). Por fim, pode-se, diante da falha dessas duas estratégias, retornar a um nível superficial, recorrendo a *intuições* que confirmariam essa conclusão (abaixo, 3.).

1. O argumento literal

O argumento literal consiste em afirmar que o próprio texto da lei positiva –que, em um modelo que conhece um princípio *nullum crimen, nulla poena,*

¹ Um dos últimos defensores foi LAMPE, *Genügt für die Entschluss. des Täter in § 43 StGB sein bedingter Vorsatz?*, NJW 1958, p. 332 e ss. Ulteriores referências em TAMARIT SUMALLA, ADPCP 1992, p. 515 e ss. (p. 524 e ss.); GÓMEZ RIVERO, *Tentativa y dolo eventual: bases para su convivencia* assim, ADPCP 2013, p. 159 e ss. (176 e s.), que critica a tese.

² Refiro-me, em Portugal, a FARIA COSTA, *Tentativa e dolo eventual*, in: *Estudos em homenagem ao prof. dr. Eduardo Correia*, Coimbra, 1984, p. 673 e ss. (744 e ss.); e, na Espanha, a TAMARIT SUMALLA, ADPCP 1992, p. 547 e ss.

³ Um panorama da doutrina não tão atual em TAMARIT SUMALLA, ADPCP 1992, p. 525 e s.

⁴ Cf. as muitas referências em LONDOÑO MARTÍNEZ, *Estudio sobre la punibilidad de la tentativa con dolo eventual en Chile*, *Revista de Ciencias Penales* XLIII n.º 3 (2016), p. 95 e ss. (105), que também parece ser adepto da tese.

⁵ Cf. a exposição em ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal, Parte General*, 2.ª ed., Buenos Aires, 2005, p. 823 e s., e RUSCONI, *Derecho penal, Parte General*, 3.ª ed., Buenos Aires, 2016, p. 955 e ss. (que rechaçam a tese).

⁶ Para a jurisprudência chilena cf. as referências em LONDOÑO MARTÍNEZ, *Revista de Ciencias Penales* XLIII n.º 3 (2016), p. 101 e ss.; MAÑALICH/OLAVE, *Tentativa y dolo eventual: una crítica de la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema chilena*, *Discusiones* 27 (2/2021), p. 165 e ss. (174 e ss.), com referências; para a jurisprudência argentina consulte-se apenas – e criticamente – FERRANTE, «Con el fin...», in: *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 2008, p. 27 e ss., com muitas ulteriores referências

⁷ Entre eles destaque ORSINI MARTINELLI/SCHMITT DE BEM, *Lições fundamentais de direito de penal*, Parte Geral, 2a ed., Belo Horizonte, 2017, Lição 30 § 10 (p. 544 e s.).

sine lege, é também limite máximo a qualquer interpretação expansora de punibilidade⁸— excluiria a tentativa na modalidade do dolo eventual⁹. Haveria, assim, determinado ponto, em que os dispositivos legais correspondentes aos dois institutos, o da tentativa e o do dolo, deixariam de corresponder um ao outro.

Não tenho como proceder a uma análise da literalidade de todos os direitos positivos correspondentes aos defensores da tese da incompatibilidade. Limitar-me-ei a meu primeiro país, o Brasil, na crença de que argumentos similares possam ser desenvolvidos também para Portugal¹⁰ e, principalmente, para a Argentina¹¹ e para o Chile, nos quais, como visto, a tese é mais difundida.

Ficando com o Brasil, teremos de *contrapor os dois dispositivos*, o da tentativa e o do dolo, a fim de verificar se a alegada incongruência realmente ocorre. De um lado, afirma o art. 14 II CP brasileiro: «Diz-se o crime:... II – tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente». De outro, no art. 18 I CP, pode-se ler: «Diz-se o crime: I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;...». Confesso a minha inicial dificuldade em enxergar o alegado ponto em que os dois dispositivos deixariam de corresponder um ao outro. Mas, com alguma boa vontade, consigo cogitar de reconstruir a dificuldade: o art. 14 II CP exige, para a tentativa, «vontade»; enquanto isso, o art. 18 I CP usa o termo «quis» apenas na primeira forma de dolo, a que chamamos de direto. O argumento da incompatibilidade consistiria, assim, em *identificar o termo «vontade»*, constante no art. 14 II CP, com o termo «quis», presente no art. 18 I CP.

Ocorre que essa identificação carece de maior poder de convencimento, e por toda uma bateria de razões. Primeiramente, os termos nem são os mesmos, e nem mesmo se o fossem, teriam de ter necessariamente o mesmo sentido (recorde-se a «relatividade dos conceitos jurídicos», reconhecida pela metodologia jurídica já desde mais de um século¹²). Em segundo lugar, e agora olhando apenas para o art. 14 II CP, não é nada claro se o final do dispositivo é realmente parte da definição de tentativa ou não já uma antecipação das regras de desistência voluntária e arrependimento eficaz, constantes (ou completa-

⁸ Cf. apenas ROXIN/GRECO, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., München, 2020, § 5 nm. 26 ff.

⁹ Para o direito português, um argumento dessa natureza é oferecido por FARIA COSTA, *Tentativa e dolo eventual*, p. 759 (com base nos termos «decidiu cometer»); para o direito colombiano, cf. DAZA LORA, *cit*

¹⁰ Cf. apenas FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral*, 3.ª ed., I, Coimbra, 2019, Cap. 28 § 12.

¹¹ Um argumento similar ao que se oferecerá nas próximas linhas é construído para o direito argentino, que se vale da expressão «El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución», por FERRANTE, *cit.*, e ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal, Parte General*, 2.ª ed., Buenos Aires, 2005, p. 823 e s.

¹² MÜLLER-ERZBACH, *Die Relativität der Begriffe und Ihre Begrenzung durch den Zweck des Gesetzes*, in: *Jherings Jahrbücher* 61 (1912), p. 343 e ss.

das) pelo art. 15 CP; não poucos de nossos doutrinadores militam em favor do segundo entendimento, tanto que até mesmo enxergam a desistência e o arrependimento eficaz como causas de exclusão do próprio tipo da tentativa¹³. E, por fim, olhando agora apenas para o art. 18 I CP, «assumir o risco» não é incompatível com uma vontade, o que o comprova a posição majoritária, também no Brasil, no sentido de que assumir o risco outra coisa não seria do que anuir no resultado¹⁴. A ideia de anuência é uma das muitas versões sob as quais se apresenta a concepção voluntativa de dolo.

Enfim: o texto da lei não oferece, enquanto tal, qualquer arrimo para a alegada incompatibilidade. Quem nela insistir, terá de oferecer alguma base mais sólida, sobre a qual erigirá a sua leitura do direito positivo. Isso significa que ele terá de descer às profundezas do debate sobre os fundamentos dos institutos jurídicos do dolo ou da tentativa. É dessa segunda estratégia argumentativa que nos ocuparemos em seguida.

2. O argumento dogmático

O argumento dogmático pode, por sua vez, proceder por três vias: ou arrancando da dogmática do dolo (abaixo, a)], ou da dogmática da tentativa (abaixo, b)], ou de uma conexão entre essas duas dogmáticas (abaixo, c)]. Veremos – com a necessária brevidade, uma vez que sobre a ratio por trás dos dois institutos perdura longa controvérsia – que nenhuma dessas três vias prospera.

a) *A partir da dogmática do dolo*, a tese dependeria de um posicionamento a respeito da natureza do *dolo eventual*, no sentido de que ele *não seria verdadeiro dolo*, mas, em sua essência, mera culpa, que o legislador, no exer-

¹³ Por todos (controvertendo-se com Hungria), FRAGOSO, Lições de Direito Penal, Parte Geral, 5.^a ed., 1982, p. 251.

¹⁴ No sentido da chamada teoria da anuência HUNGRIA, Comentários ao Código Penal, vol. I, tomo II, 5.^a edição, Rio de Janeiro, 1978, p. 122; posteriormente BRUNO, Direito penal, Parte geral, tomo II, 3.^a edição, Rio de Janeiro, 1967, p. 75; MAGALHÃES NORONHA, Direito penal, vol. I, 32.^a edição, São Paulo, 1997, n.º 79, p. 138; na doutrina contemporânea GALVÃO, Direito Penal, Parte Geral, 6.^a ed., Belo Horizonte, 2015, p. 278; ROGÉRIO GRECO, Direito Penal, Parte Geral, 2.^a ed., Rio de Janeiro, 2003, p. 204. – Na jurisprudência brasileira, em favor dessa posição, STF HC 101.698 – RJ, Rel. Luiz Fux, p. 4 e s., item 16; HC 107.801 / SP, voto vista Min. Luiz Fux, p. 28; HC 92.304 – SP, Rel. Ellen Gracie, p. 11; HC 91.159-5 – MG, Rel. Ellen Gracie, p. 4; STJ AgRg no REsp N.º 1.199.947 – DF (2010/0124228-5), Rel. Min. Laurita Vaz, Ementa, e voto, p. 6; HC N.º 196.292 – PE (2011/0023113-8), Rel. Min. Laurita Vaz, p. 8; HC N.º 296.621 – DF (2014/0138352-5), Rel. Min. Walter de Almeida Guilherme, p. 6 e s.; REsp N.º 1.327.087 – DF (2012/0117018-0), Rel. Min. Og Fernandes, p. 13; REsp N.º 249.604 – SP (2000/0019028-4), Rel. Min. Félix Fischer, p. 7; REsp N.º 705.416 – SC (2004/0155660-5), Rel. Min. Paulo Medina, p. 13.

cício de seu poder discricionário, equiparou, como que por via de uma ficção jurídica, ao dolo. Isso é, substancialmente, o que sustenta Faria Costa, para quem o dolo eventual representa um «alargamento das ações puníveis a título de dolo»¹⁵, fundado em um «pensamento analógico»¹⁶. Noutras (agora minhas) palavras: *Como não há tentativa culposa, e o dolo eventual é, a rigor, culpa, ou mais culpa do que dolo, não há tentativa com dolo eventual.*

A tese não impressiona, contudo. E isso vale não apenas para os cognitivistas, entre os quais me alinho¹⁷, uma vez que, para nós, o dolo eventual é, a rigor, o protótipo de dolo¹⁸. Tampouco os voluntaristas¹⁹ terão de dar-se por convencidos. Isso porque, para eles, o dolo eventual não é necessariamente um dolo de pior qualidade, mas apenas uma entre as três possíveis articulações dos dois elementos que, a seu ver, constituem o dolo, o elemento cognitivo e o volitivo. Concretamente: no dolo direto de primeiro grau, há um predomínio da vontade, até mesmo com fraco realização do elemento conhecimento; no dolo direto de segundo grau (também chamado de dolo de consequência necessárias, ainda pouco mencionado em nossos manuais), há um claro predomínio do conhecimento, tornando-se quase que desnecessária a vontade; enquanto o dolo seria aquele em que há algum conhecimento e alguma vontade. Em uma representação matemática: Se o dolo direto de primeiro se exige uma vontade em nível (suponha-se) 8, e por isso se contenta com um conhecimento em nível 2; e o dolo direto de segundo grau, por exigir um conhecimento em nível 9, dá-se por satisfeito com uma vontade mínima, no nível 1; o dolo eventual seria o caso de conhecimento e vontade cada qual no nível 5, ou 6-4. Nas três hipóteses, exigir-se-ia a mesma pontuação (10) para afirmar o dolo.

b) Poder-se-ia, assim, tentar construir o argumento *a partir da dogmática da tentativa*. Não o vi, contudo, ainda formulado pelos defensores da tese que aqui critico²⁰, de forma que tenho de me contentar com a refutação. Esta baseia-se na consideração de que, segundo vejo, nenhum dos fundamentos da punição da tentativa em circulação no mercado doutrinário²¹ se opõe à pu-

¹⁵ FARIA COSTA, Tentativa e dolo eventual, p. 712, p. 715.

¹⁶ FARIA COSTA, Tentativa e dolo eventual, p. 712 e ss., 715.

¹⁷ GRECO, Dolo sem vontade, in: Liber Amicorum de José de Sousa e Brito, Coimbra, 2009, p. 885 e ss.

¹⁸ Assim já FRISCH, Vorsatz und Risiko, Köln etc., 1983, p. VII.

¹⁹ Cf. apenas LUZÓN PEÑA, Dolo y dolo eventual: reflexiones, in: Libro Homenaje Barbero Santos: in memoriam, vol. 1, 2001, p. 1109 e ss.

²⁰ Os argumentos manejados pela Corte Suprema do Chile, referidos e criticados por MAÑALICH/OLAVE, Discusiones 27 (2/2021), p. 174 e ss., ou são propostas de interpretação literalista do direito chileno, que, enquanto tais, não importam para a perspectiva brasileira, ou são teses dogmáticas que confesso não conseguir compreender.

²¹ Para um panorama críticos desses fundamentos cf. apenas ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil, vol. 2, München, 2006, § 29 nm. 9 e ss.

nição do dolo eventual. Isso já vale de antemão para todas as teorias objetivistas, que recorrem a um perigo: o caso de dolo eventual pode ser tanto ou mais perigoso para o bem jurídico do que o dolo direto de primeiro grau²². O mesmo se diga da chamada teoria da impressão, muito defendida na Alemanha²³: a confiança na vigência do direito é afetada não apenas quando o autor «quis» no sentido de que almejou o resultado, mas já quando ele assumiu o risco de produzi-lo. Por fim, também os subjetivistas, se corretamente entendidos, terão de chegar ao mesmo lugar: quem entende que, na tentativa, se castiga uma atitude contrária ao direito, não hesitará em castigar o dolo eventual, na medida em que ali também se manifesta essa atitude.

Apenas um subjetivista extremo, que afirmasse que o que se castiga na tentativa é a vontade direcionada ao resultado, poderia chegar à conclusão da incompatibilidade. O problema, contudo, é que essa versão do subjetivismo, de que não conheço qualquer defensor, acabaria por ser não um fundamento da alegada conclusão da incompatibilidade entre tentativa e dolo eventual, mas uma paráfrase dessa conclusão. Não se trataria, portanto, de um verdadeiro fundamento de uma conclusão, mas de uma conclusão que se fundamenta a si mesma, de forma circular.

c) A terceira via argumentativa consistiria, assim, em proceder não mais, separadamente, ou do dolo ou da tentativa, mas das duas dogmáticas simultaneamente, colocando-as em relação de proximidade. O argumento teria – agora em exercício de criatividade, uma vez que não o vi defendido – o seguinte aspecto: a tentativa seria já ela uma expansão de punibilidade (em relação ao delito consumado); o dolo eventual, por sua vez, também (em relação ao dolo direto). A aceitação de uma tentativa com dolo eventual significa, por sua vez, uma *dupla expansão de punibilidade*, o que seria inaceitável.

Também esse argumento apresenta duas lacunas. Primeiramente, ainda que se conceda que a tentativa seja uma expansão de punibilidade, já se poderia duvidar, pelas mesmas razões aduzidas acima, a), de que o dolo eventual o seja. Em segundo lugar, porque, mesmo que fosse de reconhecer-se a suposta dupla expansão de punibilidade, nada haveria de problemático nisso: a omissão é uma expansão de punibilidade, operada pelo dispositivo que fundamenta a punição da omissão imprópria, e ela se aplica tanto à expansões de punibilidade que também são a tentativa, a culpa e a participação.

²² Próxima, em conclusão, GÓMEZ-RIVERO, ADPCP LXVI (2013), p. 178 e s.

²³ JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch des Strafrechts, 5a ed., Berlin, 1996, p. 514 e s.; ESER/BOSCH, in: SCHÖNKE/SCHRÖDER-StGB, 30a ed., München, 2019, Vorbem § 22 nm. 22.

Haveria uma possibilidade de reformular o argumento, com rosto menos formalista. Ele consistiria em afirmar que a tentativa apresentaria um *déficit de merecimento de pena*, o dolo eventual apresenta um segundo *déficit*, de forma que a punibilidade dependeria de que esse *déficit* não se apresentasse duas vezes. Poder-se-ia mesmo daí derivar a necessidade de uma compensação do primeiro *déficit* – o dolo direto seria o plus capaz de compensar o minus presente na tentativa²⁴. Ocorre que esse argumento tampouco convence. Afinal, o *déficit de merecimento de pena* que talvez exista na tentativa é, em geral, levado em conta pelos diversos direitos positivos, que sóem prever alguma redução de pena. Mesmo quem considere que o dolo eventual signifique um segundo *déficit* – o que, como dito, não é a minha opinião – poderá levar isso em conta aproximando-se do marco máximo da diminuição de pena legalmente prevista.

3. O argumento intuitivo

Se nem a texto do lei, nem o mergulho nas profundezas dogmáticas, lo-gram em defender a conclusão da incompatibilidade da tentativa, poder-se-ia retornar à superfície. A presente estratégia dispensaria, contudo, a bóia pouco segura do texto da lei e, num esforço heróica, faria da necessidade sua virtude: ela insistiria em que *não é possível tentar o que não se almejou*²⁵.

Creio que está essa *plausível* afirmação a verdadeira fonte de qualquer poder de convencimento que a tese da incompatibilidade entre dolo eventual e tentativa possa exercer. A tese é *plausível*, porque, *em determinado sentido*, de fato só tenta quem almeja, isto é, quem «realmente» quer. Nesse mesmo sentido, quem com a finalidade de matar um político, instala uma bomba em determinado lugar, aceitando que talvez sejam feridos ou mesmo mortos terceiros que se encontrem na proximidade da detonação, a qual, contudo, não vem a ocorrer, lamentará o fracasso de seu plano apenas no que diz respeito ao político, e não aos terceiros.

Ocorre que, como visto acima, 2., não há qualquer razão para limitar o alcance dos conceitos jurídicos tentativa e dolo eventual a esse sentido determinado que acabo de descrever. Há *inúmeros outros sentidos* que se podem

²⁴ Cf. também a reconstrução oferecida, de forma um tanto hesitante, por LONDOÑO MARTÍNEZ, *Revista de Ciencias Penales* XLIII n.º 3 (2016), p. 125 e s.

²⁵ Assim se pode compreender a forte afirmação de ORSINI MARTINELLI/SCHMITT DE BEM, *Lições fundamentais*, Lição 30 § 10 (p. 544) no sentido de uma «incompatibilidade lógica» entre os dois institutos. Outros argumento intuitivos um tanto ad hoc em TAMARIT SUMALLA, *ADPCP* 1992, p. 548 e ss.: «preocupante elevação da insegurança jurídica».

atribuir às expressões que acabo de utilizar, segundo os quais desapareceria não apenas a alegada incompatibilidade, como mesmo a reconhecida incompatibilidade entre tentativa e culpa. Em um sentido freudiano, poder-se-ia bem dizer que a culpa, enquanto ato falho, é expressão de um querer mais profundo²⁶, de forma que quem mata culposamente, em verdade, queria matar, de forma que a culpa sem resultado morte não seria outra coisa que uma tentativa, ainda que inconsciente, de matar.

Quem argumenta reportando-se a intuições, tem de aceitar objeções do mesmo calibre. Suponha-se que A, almejando apenas demonstrar a sua relação de dominação sobre B, encoste-lhe um revólver às têmporas e o submeta a uma «brincadeira» de roleta russa, apertando o gatilho, e que B, por sorte, sobreviva. Os defensores da tese que critico terão de dizer que A não atentou contra a vida de B, que se cuida, no máximo, de algum delito de perigo, ali onde ele existir (por ex., no Brasil, art. 132 CP: «perigo para a vida ou saúde de outrem», consistente em «expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente», punível apenas com detenção de 3 meses a um ano). Não creio que isso seja uma conclusão aceitável.

4. Primeira conclusão intermediária

Nada há a opor à compatibilidade entre tentativa e dolo eventual. Nem a letra dos dispositivos correspondentes, nem a natureza dos dois institutos, nem considerações de plausibilidade genérica, se opõem a que se reconheça que a tentativa pode, sim, configurar-se não apenas nos casos de dolo direto, como também de eventual.

III. A POSSIBILIDADE DE TENTATIVA COMO ORIENTAÇÃO PARA A DISTINÇÃO ENTRE DOLO EVENTUAL E CULPA CONSCIENTE («TESTE DA TENTATIVA»)

A tese que acabo de criticar (e, quero crer, refutar) apresenta um adicional grave defeito, que a fere justamente no que diz respeito à praticabilidade da reflexão dogmática: o de subtrair a base para que se ative a tentativa como

²⁶ FREUD, Zur Psychopathologie des Alltagslebens (Über Vergessen, Versprechen, Vergreifen, Aberglaube und Irrtum), Berlin, 1917, p. 4 e passim.

critério teste para auxiliar na árdua tarefa de distinguir dolo eventual e culpa consciente.

Não preciso e nem posso, nos limites de que disponho, estender-me sobre a dificuldade de distinguir entre essas duas figuras limítrofes, a respeito da qual tanto se escreveu, também entre nós²⁷. A reflexão dogmática produziu um número considerável de teorias²⁸. O que, sim, quero relevar é que é justamente a tentativa com dolo eventual quem aqui oferece o que se poderia chamar de uma via régia, uma vez que ela representa um critério, ou pelo menos uma linha de orientação, independente do posicionamento teórico que cada qual considere mais adequado. Em uma primeira aproximação, a ideia é a seguinte: *quem, diante da consumação, isto é, do cadáver, afirma o dolo, compromete-se, na ainda que hipotética situação em que tudo acabasse bem, em que o cadáver não se produzisse, a afirmar a tentativa.*

Precisemos o conteúdo do teste. Seu primeiro passo é *identificar o preciso comportamento* cuja possível dolosidade se está por avaliar – recordando-se que o dolo tem de animar o comportamento objetivamente típico, inexistindo *dolus antecedens* ou *dolus subsequens*²⁹. O segundo passo é *abstrair de qualquer resultado* eventualmente produzido, mesmo subtraindo-o mentalmente. A partir de agora, tem-se a base para *perguntar se, com a mera prática desse comportamento, já havia o autor ultrapassado a linha do início da execução.*

No caso da *roleta russa* acima proposto, não me parece haver qualquer dúvida no sentido de que apertar o gatilho de revólver encostado às têmporas de outra é início da execução de homicídio. Com segurança ainda que um pouco inferior, mas relativamente grande, eu diria também que, um primeiro motorista que, em rua movimentada com limite de velocidade de 50 km/h, aproxima-se em velocidade de 170 km/h de cruzamento, sabendo que o sinal está provavelmente vermelho, inicia a execução de homicídio contra o outro motorista, que ele vê aproximar-se ao cruzamento³⁰. Da mesma forma que há tentativa de homicídio caso a vítima da roleta russa sobreviva, há tentativa caso o outro motorista, que queria apenas passar pelo cruzamento, não se veja atingido.

²⁷ Cf. a nota 13.

²⁸ Um panorama encontra-se em ROXIN/GRECO, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, vol. 1, 5a ed., München, 2020, § 12 nm. 36 e ss.; LUZÓN PEÑA, *Derecho Penal, Parte General*, 3.ª ed., Montevideo/Buenos Aires, 2016, p. 398 e ss.

²⁹ Veja-se apenas ROXIN/GRECO, *Strafrecht*, § 12 nm. 89 e ss.; PUPPE, *NK-StGB*, 6a ed. 2023, § 15 nm. 100 e ss.

³⁰ Para meu posicionamento sobre esse caso alemão dos corredores do *Kursfürstendamm* (ou *Ku'damm*, movimentada rua de Berlim), julgado em LG Berlin NStZ 2017, 471; BGHSt 63, 88; BGHSt 65, 42, cf. ROXIN/GRECO, *Strafrecht I*, § 12 nm. 88x; mais detalhes sobre esse caso em VIANA/TEIXEIRA, *A imputação dolosa no caso do «Racha em Berlim»*. Comentários à decisão do Tribunal de Berlim, *Revista de Estudos Criminais* vol. 18, n.º 73 (2019), p. 105 e ss.

O teste da tentativa tem a virtude de perguntar pelo dolo sem se deixar impressionar por aquilo que, a rigor, já não mais interessa, porque fundamentaria apenas um irrelevante *dolus subsequens* –o resultado. Não é, assim, o resultado que fundamenta o dolo eventual, e sim a prática consciente (e, dirão os voluntaristas, querida) de um comportamento que represente início da execução. Isso significa também que não é a mera circunstância de uma corrida de carros («racha») ou de embriaguez de quem conduz, e sim a concorrência de umas tantas outras, como uma velocidade consideravelmente excessiva e a proximidade de vítimas concretas, o que fundamenta o início da execução e, com isso, o dolo eventual.

IV. CONCLUSÃO

Dolo eventual e tentativa são compatíveis.

Quem, diante da consumação, afirma o dolo eventual, compromete-se em, na hipótese de que o resultado não tivesse se produzido, afirmar a tentativa («teste da tentativa»).

CAPÍTULO XXV

LA CIRCUNSTANCIA ATENUANTE DEL ARTÍCULO 11, NÚM. 6, DEL CÓDIGO PENAL CHILENO (IRREPROCHABLE CONDUCTA ANTERIOR DEL IMPUTADO). ¿DEBE SUPRIMIRSE O MANTENERSE?

CARLOS KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER

Profesor Titular de Derecho Penal por las Universidades de Chile (ex),
San Sebastián y Central (actual) (Chile). Ex Ministro (Magistrado)
de la Excma. Corte Suprema de Justicia de Chile. Director vitalicio
del Instituto de Ciencias Penales de Chile. Director de la Sección Chilena
de la Asociación Internacional de Derecho Penal. Miembro del Consejo
de Dirección de la Asociación Internacional de Derecho Penal. Miembro
de la Fundación Internacional de Ciencias Penales

*En homenaje desde Chile al distinguido
y apreciado Profesor Dr. Javier de Vicente Remesal.*

I. Esta circunstancia atenuante de la responsabilidad penal fue tomada por la Comisión Redactora del Código Penal chileno del Código Austríaco (art. 39), ya que no figuraba en el Código Español de 1848-1850. El jurista Joaquín Francisco Pacheco transcribió en su obra *El Código Penal Concordado y Comentado* el artículo 39 del texto austríaco, que en su numeral segundo consagraba como atenuante el hecho de que la conducta anterior del delincuente haya sido irreprochable¹. El estatuto punitivo de 1822 incluía entre las circunstancias atenuantes «El ser el primer delito y haber sido constantemente buena la conducta anterior del delincuente, o haber hecho éste servicios importantes al Estado» (art. 107).

¹ ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal*, t. I, segunda edición, Santiago, Editora Nacional Gabriela Mistral, 1976, p. 19.

II. Actualmente se encuentra sometido a tramitación en el Parlamento chileno un proyecto de Ley sobre Delitos Económicos, texto que, entre otras novedades de *lege lata*, suprime para los ilícitos que regula, la circunstancia atenuante de irreprochable conducta anterior, junto con otras atenuantes generales. Al momento que este comentario se publique, de seguro la iniciativa del poder político ya se habrá convertido en ley de la República.

III. Se ha dicho por renombrados especialistas que *La teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal se inscribe en el largo y difícil camino que el Derecho Penal recorre desde tiempos inmemoriales, buscando una solución lo más justa y práctica posible al problema de adecuar proporcionalmente la pena al delito cometido y al autor concreto que lo realizó*². También ha afirmado algún comentarista que la teoría general de las circunstancias del delito es un tema que no ha merecido demasiada atención por parte de la doctrina española. Tal fenómeno –se argumenta– es de difícil explicación, ya que la complejidad e importancia de estas categorías en el ámbito de la teoría del delito, lejos de amedrentar, hubieran debido servir de acicate al investigador jurídico³.

En nuestra opinión, a la inversa de lo ocurrido en la dogmática española, los estudiosos de la ciencia penal chilena han demostrado un vivo interés por el tema de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, que se ha evidenciado no sólo a través de los capítulos pertinentes en las obras de Derecho Penal, Parte General, sino también en monografías y ensayos, planteados desde una perspectiva de análisis específico, a lo que debe sumarse la tarea interpretativa desplegada por la jurisprudencia, cuyas sentencias son habitualmente citadas en los estudios doctrinal⁴.

Las circunstancias atenuantes pueden definirse como aquellas causales descritas legalmente que, en la medida que concurran en un caso concreto sus requisitos constitutivos, producen el efecto de disminuir la magnitud de la pena abstractamente establecida en un tipo penal⁵.

IV. La incorporación de la circunstancia minorante que nos interesa, al Código Penal redactado por la Comisión Redactora y promulgado en 1874, fue

² GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Presente y futuro de las circunstancias modificativas, Cuadernos de Derecho Judicial, 7/1995, p. 9.

³ SERRANO-PIEDRACASAS, José R. Prólogo a la monografía de Carmen Salinero Alonso, Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal. Estudios de Derecho Penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona, Granada, Editorial Comares, 2000.

⁴ KÜNSEMÜLLER, Carlos. Las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal en el código chileno, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019; KÜNSEMÜLLER, Carlos. Las circunstancias agravantes de la responsabilidad penal en el código chileno, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

⁵ KÜNSEMÜLLER, Carlos. Las circunstancias atenuantes, 2019, p. 37.

objetada por el primer comentarista del texto, Alejandro Fuensalida, para quien «La conducta irreprochable de un hombre hasta el momento en que comete un delito, no puede decirse que es un motivo que haya modificado su voluntad de un modo favorable en el acto de la comisión» y concluye que «la atenuación por la conducta irreprochable no tiene razón de ser»⁶. «Es, sin duda, una atenuante que ha provocado múltiples críticas e interpretaciones dispares»⁷.

Ya avanzado el siglo xx, Novoa se inclina por el rechazo de la circunstancia, argumentando que «a un individuo que en todo momento ha podido observar una conducta intachable en la cual habrán influido, de seguro, circunstancias muy favorables de ambiente y cultura se le puede exigir, con mayor vigor, si cabe, que se mantenga en el mismo plano y que no decida entrar en el campo de la transgresión jurídica», advirtiendo que como no se relaciona con ninguno de los elementos que determinan la responsabilidad penal, «correspondería aplicarla también al que fríamente se resolviera a delinquir, solamente porque hasta entonces su comportamiento no había merecido reproche alguno». Su crítica alcanza a la interpretación de la judicatura, objetando que los tribunales hayan desvirtuado totalmente su sentido y la apliquen, uniformemente, «a todo delincuente que de manera ostensible no exhiba una clara conducta antisocial»⁸.

Etcheberry⁹, Cury¹⁰, Garrido¹¹, Ortiz-Arévalo¹² y Bullemore-MacKinnon¹³ son penalistas que discrepan del parecer de Novoa y coinciden con el criterio expresado en numerosos fallos judiciales, que circunscribe la atenuante a la ausencia de una condena penal anterior, aunque algunos sentenciadores han exigido en ciertos casos, además de la ausencia de reproche jurídico-penal, la ausencia de toda censura o mácula de cualquiera índole, nada reprehensible desde el punto de vista moral o social, coincidiendo con la interpretación de Novoa¹⁴.

⁶ FUENSALIDA, Alejandro. Concordancias y Comentarios del Código Penal Chileno, t. I, Lima, Imprenta Comercial Calle del Huallaga N. 139, 1883, p. 90.

⁷ ORTIZ, Luis/ARÉVALO, Javier. Las consecuencias jurídicas del delito, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2013, p. 385.

⁸ NOVOA MONREAL, Eduardo. Curso de Derecho Penal Chileno Parte General, t. II, tercera edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, pp. 32 s.

⁹ ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal, t. I, segunda edición, 1976, p. 24.

¹⁰ CURY, Enrique. Derecho Penal Parte General, séptima edición ampliada, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p. 491.

¹¹ GARRIDO, Mario. Derecho Penal Parte General, t. I, segunda edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 196.

¹² ORTIZ, Luis/ARÉVALO, Javier. Las consecuencias jurídicas, 2013, p. 386.

¹³ BULLEMORE, Vivian/MACKINNON, John. Curso de Derecho Penal, t. II, cuarta edición, aumentada y actualizada, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2018, pp. 284 ss.

¹⁴ KÜNSEMÜLLER, Carlos. Las circunstancias atenuantes, 2019, pp. 82 ss.

Está fuera de discusión la frecuente invocación por las defensas y reconocimiento por los jueces y Cortes de esta minorante, hecho que destacan nuestros comentaristas: «... lo cierto es que un somero análisis de nuestra jurisprudencia demuestra que se trata de una de las causales de atenuación más socorridas en los Tribunales, en un esfuerzo por mitigar las a veces excesivas penas que se prodigan en algunos títulos del Código y en algunas leyes especiales, permitiendo al mismo tiempo otorgar a sus beneficiados la oportunidad de enmendar su rumbo, mediante la concesión de alguno de los beneficios de la Ley Núm. 18.216»¹⁵ (sobre penas sustitutivas).

V. El sentido y alcance dado al concepto *irreproachable*, fundado en motivaciones de Política Criminal, lo identifica con la existencia de un extracto de filiación libre de anotaciones anteriores por condena penal firme, sin requerimientos de mayores virtudes personales del enjuiciado, ni referencias a su moral personal. Entre las circunstancias fundadas en razones de orden político criminal sitúan precisamente algunos autores la atenuante comentada¹⁶. Pronunciamientos relativamente recientes de la Corte Suprema confirman esta tendencia¹⁷. No obstante, en 1982, el Máximo Tribunal desestimó la concurrencia de la atenuante, pese a la ausencia de anotaciones en el extracto de filiación penal y a los dichos de testigos de buena conducta anterior, por ser el acusado adicto a las drogas¹⁸. Anteriormente –23.01.1997– el mismo tribunal había sostenido que personas drogadictas no tienen irreproachable conducta anterior¹⁹. Se recurre al Derecho Penal de autor, en que *el ser algo*, no lo que el individuo hace o deja de hacer, es lo relevante, para decidir no hacer uso del Derecho Penal Sustantivo para fines que el mismo ordenamiento considera valiosos, como es la disminución de la cuantía de una pena que pudiera resultar desproporcionada²⁰.

Adhiriendo a la interpretación restrictiva de Novoa, Sergio Yáñez escribió en 1967, con motivo de su comentario a una sentencia que exigía carencia de reproche legal y moral, que no es suficiente el mero prontuario exento de anotaciones penales, «sino que es imprescindible acreditar que el procesado no merece reparos en el plano ético». Critica el recordado profesor la posición

¹⁵ POLITOFF, Sergio/MATUS, Jean Pierre/RAMÍREZ, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte General, segunda edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 508; MATUS, Jean Pierre/RAMÍREZ, María Cecilia. Manual de Derecho Penal Chileno Parte General, segunda edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 618 s.

¹⁶ ORTIZ, Luis/ARÉVALO, Javier. Las consecuencias jurídicas, 2013, p. 384.

¹⁷ SCS de 01.01.2012, Fallos del Mes, N.º 557, p. 905; SCS de 03.07.2017, Rol 95096-2016; SCS de 20.03.2018, Rol 229-2018; SCS de 31.12.2018, Rol 26490-2018.

¹⁸ SCS de 27.10.1982, Fallos del Mes, N.º 287, p. 485.

¹⁹ VARGAS, Tatiana/PiÑA, Ignacio (directores). Código Penal, Concordancias, Historia de la ley, Jurisprudencia, Notas Explicativas, Índice Temático, Santiago, Thomson Reuters, 2012, p. 40.

²⁰ KÜNSEMÜLLER, Carlos. Las circunstancias atenuantes, 2019, p. 49.

de algunos tribunales, que suelen desvirtuar totalmente el sentido de la atenuante, adoptando un criterio en extremo liberal en cuando a la prueba de lo intachable del comportamiento pretérito, «con lo cual la atenuante ha pasado a ser reconocida a favor de casi todo delincuente»²¹.

Varela del Solar²² y Carnevali²³, son comentaristas que, en época muy posterior al comentario de Yáñez, coinciden en que la jurisprudencia se ha caracterizado por una postura conformista, que acepta la atenuante con el sólo mérito del extracto de filiación carente de anotaciones, reflejando con ello la falta de una interpretación profunda de la norma y una postura exageradamente complaciente, que lleva a prodigar la atenuante a todo aquel que no exhiba un prontuario o extracto de filiación en contra. Numerosas conductas que «implican un relajamiento universal de las costumbres y rebasan la frontera de lo permisible ética y socialmente», no resultan óbice para acoger la atenuante frente a «una hoja criminal pasada en blanco».

VI. Hasta ahora prevalece en nuestra doctrina y jurisprudencia el criterio de que la conducta irreprochable se dirige sólo a la no comisión de delitos anteriores, quedando excluida la consideración de la moral personal, «pues la vida privada queda al margen de esta valoración, siempre que no trascienda y no afecte a los demás»²⁴.

En opinión de Cury, no deben tomarse en cuenta infracciones morales sin proyección sobre la concurrencia. «Que el autor sea un consumidor habitual de literatura pornográfica o no ame a sus hermanos es aquí del todo irrelevante»²⁵. El comportamiento precedente irreprochable sólo puede estar dirigido a una «conducta anterior jurídicamente irreprochable». «Así, por ejemplo, las personas que viven en concubinato o frecuenten prostíbulos, o ejecutan otras conductas tenidas generalmente por reprochables, pueden acceder a esta atenuante»²⁶. A este respecto, cabe citar una sentencia pionera del año 1960, que acogió la minorante, entendiéndolo que no obsta a su aceptación el hecho de que el reo haya vivido maritalmente varios años con una mujer casada y en esa irregular situación haya procreado varios hijos, «pues se trata de una circuns-

²¹ YÁÑEZ, Sergio. CP Art. 11, N.º 6, Irreprochable conducta anterior del reo, Corte Suprema 14. IV.1967, Comentario a sentencia, Revista de Ciencias Penales, t. XXVI, 1967, N.º 1, pp. 44 ss.

²² VARELA DEL SOLAR, Jorge. De la irreprochable conducta anterior, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1989, pp. 101 ss.

²³ CARNEVALI, Raúl. La circunstancia atenuante de la irreprochable conducta anterior, Temas de Derecho, 1994, vol. IX, N.º 2, pp. 187 ss.

²⁴ GARRIDO, Mario. Derecho Penal, t. I, segunda edición actualizada, 2007, p. 196.

²⁵ CURY, Enrique. Derecho Penal, séptima edición ampliada, 2005, p. 491.

²⁶ BULLEMORE, Vivian/MACKINNON, John. Curso de Derecho Penal, t. II, cuarta edición, aumentada y actualizada, 2018, pp. 284 s.

tancia de carácter íntimo, que no puede anular un comportamiento sin tacha observado en los demás actos de la vida diaria»²⁷.

A los autores que no se conforman con un extracto de filiación exento de condena anterior por delito, que constituiría el «límite mínimo» de la atenuante, cabría preguntarles cuál sería el «límite máximo», qué más debería exigirse, además de una hoja de vida judicial impecable, para hacer lugar a la circunstancia²⁸.

Conviene recordar a Kaufmann, de cuyas sabias palabras surge la reflexión de que lo que se juzga en el Derecho Penal no es la manera de vivir ni el carácter de un individuo, «sino el hecho por él cometido»²⁹.

VII. Con respecto a las tendencias de la Política Criminal, cabe anotar que el Proyecto de Código Penal para Latinoamérica no contempla en su artículo 73 la circunstancia atenuante en comento, pero sí la conducta del agente posterior al delito.

En el ámbito nacional, los proyectos Ortiz/Von Bohlen (1929) y Silva/Labatut (1938) no contemplan la atenuante. El Proyecto de Reforma del Código Penal de 1945, considera entre las circunstancias atenuantes la de haber tenido el delincuente conducta anterior irrepachable.

El Anteproyecto de Código Penal, redactado por el Foro Penal (2005), la mantiene en los siguientes términos: «Si el sujeto no ha sido condenado anteriormente por delito», fórmula que nos parece muy precisa en cuanto excluye toda contravención ética o moral que no represente un delito fundante de veredicto condenatorio.

La minorante figura en el Proyecto de Código Penal para Chile (2016), redactado por el profesor Alfredo Etcheberry: «Si no ha sido anteriormente condenado por crimen o simple delito y ha observado una conducta socialmente correcta.» Hemos expresado nuestras reservas respecto del requerimiento de «conducta socialmente correcta», que se incluye como requisito positivo copulativo junto al negativo consistente en ausencia de condena anterior. Estimamos que la fórmula utilizada implica adicionar un requisito o elemento genérico e impreciso, que necesariamente va a depender de valoraciones subjetivas del juzgador: ¿qué es lo socialmente correcto?, que muy probablemente se vincularían a categorías éticas o morales, que la doctrina y gran parte de la jurisprudencia han apartado del concepto *irreprochable*³⁰.

²⁷ SCA de Chillán de 17.09.1960, Revista de Ciencias Penales, t. XX, N.º 1, enero-junio 1961, p. 113.

²⁸ KÜNSEMÜLLER, Carlos. La conducta anterior al delito, Revista de Derecho y Ciencias Penales, 2007, N.º 9, pp. 123 ss.

²⁹ KAUFMANN, Arthur. Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, segunda edición, Heidelberg, 1976, pp. 150 ss.

³⁰ KÜNSEMÜLLER, Carlos. Las circunstancias atenuantes, 2019, pp. 103 s.

Los Anteproyectos de Código Penal (APCP) de 2013, 2015 y 2018, redactados por comisiones de penalistas designadas por el respectivo Poder Ejecutivo, no contemplan la circunstancia atenuante de que se trata.

Atendido que la Comisión Redactora de nuestro Código se inspiró en el Código Austríaco de la época para incorporar la atenuante 6.^a al artículo 11 del texto nacional, conviene anotar que actualmente ese cuerpo de leyes contempla dos causales de atenuación de la pena vinculadas al comportamiento anterior del imputado. El artículo 34, n.º 2, configura la primera de tales causales sobre la base de que el culpable *haya observado hasta la comisión del delito un modo de vida ordenado y el hecho sea notoriamente contradictorio con su comportamiento acostumbrado*; la segunda causal está contenida en el numeral 18: *que el delito haya sido cometido hace ya largo tiempo y el autor haya observado desde entonces buen comportamiento*. (traducción libre del alemán del autor del presente artículo).

En el ámbito latinoamericano, conviene tener presente las reflexiones de García Caveró, referidas a «los hechos anteriores que influyen en la culpabilidad del autor por el hecho cometido», conforme al Código Penal peruano³¹. El art. 46 I literal a) de este Código Penal contempla la carencia de antecedentes penales, circunstancia atenuante que solamente podrá excluirse si es que existen antecedentes penales que registren condenas firmes, no siendo suficiente la mera acreditación de antecedentes policiales o judiciales³². El autor añade que no es necesario acreditar una buena conducta anterior, así como tampoco bastará con antecedentes de infracciones distintas a delitos³³.

VIII. Los representantes de nuestra doctrina penal que son partidarios de la mantención de esta circunstancia atenuante, entre los cuales se cuenta el infrascrito –por motivos de política criminal– manifiestan que *no parece del todo censurable una concesión al humanitarismo, si con ello se posibilita una adecuada aplicación de la pena*³⁴. Cury estima que si alguna vez se prescinde de esta atenuante, *es posible que su ausencia se deje sentir en forma lamentable*³⁵, apreciación que sin duda será compartida por todos los abogados defensores y más de algún juez. Garrido participa del respaldo que la mayoría de los penalistas nacionales dispensa a esta atenuante, *en atención a que un comportamiento anterior sin infracciones a la normativa jurídico-penal evidencia un permanente acata-*

³¹ GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho Penal Parte General, tercera edición, Lima, Editorial Ideas, 2019, pp. 1028 ss.

³² GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho Penal, tercera edición, 2019, p. 1029.

³³ GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho Penal, tercera edición, 2019, p. 1029.

³⁴ POLITOFF, Sergio/MATUS, Jean Pierre/RAMÍREZ, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno, segunda edición, 2004, pp. 508 ss.

³⁵ CURY, Enrique. Derecho Penal, séptima edición ampliada, 2005, p. 492.

*miento al ordenamiento jurídico que corresponde valorar, lo que permite que al regular la pena, se considere su posible morigeración. Este criterio se explica, además, debido a que normalmente el primer comportamiento rebelde al derecho es menos reprochable, y en tal caso la necesidad de pena disminuye*³⁶.

IX. Vinculada con el concepto «irreprochable», se halla la cuestión de antecedentes penales anteriores –condenas– por faltas o, en general, delitos de poca monta, de escasa trascendencia social.

Etcheberry sostiene que los cuasi-delitos (delitos culposos), la ebriedad y las faltas no deberían obstar a la aceptación de la atenuante³⁷.

En opinión de Cury, no han de ser tomadas en cuenta anotaciones pronuntariales que reflejen la comisión de simples faltas o de delitos que no merezcan reprobación ético-social intensa, citando entre estos casos, los delitos culposos, ciertos atentados sin víctima contra la moralidad sexual, algunos delitos económicos o tributarios³⁸.

Haciéndose cargo de la pregunta de la doctrina en torno a si la condena por delitos de poca monta, o bien de índole peculiar (delitos políticos, p. ej.), puede impedir la concurrencia de la atenuante, Ortiz/Arévalo responden que como el concepto de irreprochabilidad ha sido creado por el parecer de la doctrina y el criterio jurisprudencial, sin que exista una norma expresa que indique lo contrario, deben considerarse compatibles con esa noción las condenas por delitos de escasa significación social, máxime si se pondera el conjunto de la vida del afectado y de ellos resulta la constatación de apego al Derecho y respeto por la convivencia social³⁹.

El examen de la jurisprudencia denota la inexistencia de un criterio uniforme, interpretándose el concepto *reproche* con el involucramiento no sólo de condenas judiciales, sino también de reprensiones o sanciones administrativas.

No obstante que existe acuerdo en que una sentencia condenatoria anterior sólo puede impedir la aceptación de la atenuante si se halla ejecutoriada⁴⁰, no se aprecia tal concordancia respecto de la naturaleza del comportamiento precedente que puede excluir la concurrencia de esta minorante. La ebriedad, el consumo de drogas y la adicción a las mismas han sido apreciados como impedimentos a la irreprochabilidad⁴¹.

³⁶ GARRIDO, Mario. Derecho Penal, t. I, segunda edición actualizada, 2007, p. 195.

³⁷ ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal, t. I, segunda edición, 1976, p. 24.

³⁸ CURY, Enrique. Derecho Penal, séptima edición ampliada, 2005, p. 491.

³⁹ ORTIZ, Luis/ARÉVALO, Javier. Las consecuencias jurídicas, 2013, p. 387.

⁴⁰ SCA de Santiago de 03.04.1996, Gaceta Jurídica, N.º 190; KÜNSEMÜLLER, Carlos. La conducta anterior al delito, Revista de Derecho y Ciencias Penales, 2007, N.º 9, pp. 123 ss.

⁴¹ SCS de 26.08.1957, Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. LIV, p. 181; SCS de 27.10.1982, Fallos del Mes, N.º 287, p. 485; SCA de Santiago de 03.10.1998, Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. LXXXV, p. 178 (los fallos publicados en la RDJ, en 2.ª parte, secc. 4.ª).

Tratándose de las faltas –contravenciones– los tribunales han sostenido puntos de vista contradictorios. En algunos casos, la anotación de una condena por falta ha determinado el rechazo de la atenuante⁴². En otros, no constituyó impedimento para acogerla la condena por falta impuesta hace 32 años⁴³. El registro de dos condenas anteriores por faltas impide hacer lugar a la atenuante, invocada por la defensa de un imputado que cometió el nuevo ilícito pocos días antes de cumplir los dieciocho años, estimando el tribunal que la conducta no ha sido irreprochable, dado que es un hecho que ha sido objeto de persecución y condena penal⁴⁴.

La imposición de sanciones disciplinarias con anterioridad a la comisión de un delito también ha sido calificada en algunos pronunciamientos judiciales como obstáculo a la admisión de la conducta irreprochable. Se ha resuelto que la actitud y comportamiento del reo no están al margen de toda censura, por haber sido objeto en su *vida laboral* de sanciones disciplinarias⁴⁵. El hecho de haber sido dado de baja el condenado por mala conducta, hace veinte años, impide el acogimiento de la minorante⁴⁶. En sentido contrario, se dictaminó que una medida de amonestación funcionaria por infracción al Reglamento de Disciplina de Carabineros de Chile (Policía Uniformada), carece de mérito para desechar la atenuante⁴⁷.

X. Culminamos la interrogante que denomina a este artículo, en cuanto a la vigencia del actual artículo 11, n.º 6, del estatuto punitivo, haciendo presente que el APCP 2018 (Anteproyecto de Código Penal) que ha servido de texto inspirador al Proyecto de Código Penal enviado al Congreso Nacional en el año 2022, por el Gobierno del Presidente señor Piñera, no incluye la irreprochable conducta anterior en el catálogo de circunstancias atenuantes, pero mantiene varias de las otras modificatorias de índole general contenidas en el Código, las que, en cambio, quedan suprimidas en la nueva legislación sobre delitos económicos que utiliza el inédito sistema de establecer como atenuante «la culpabilidad disminuida del condenado» y como atenuante muy calificada, «la culpabilidad muy disminuida del condenado».

⁴² SCA de Santiago de 31.03.1970, Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. LXVII, 2.ª parte, secc. 4.ª, p. 42.

⁴³ SCA de Santiago de 16.05.2002, Gaceta Jurídica, n.º 263, pp. 148 ss.

⁴⁴ STOP de Santiago de 12.04.2006, Revista Procesal Penal, N.º 46, pp. 49 ss.

⁴⁵ SCA de Santiago de 05.09.1984, Gaceta Jurídica, N.º 51, p. 95.

⁴⁶ SCS de 27.09.1985, Gaceta Jurídica, n.º 63, p. 49.

⁴⁷ SCA de Santiago de 30.09.1994, Gaceta Jurídica, N.º 171, p. 138.

CAPÍTULO XXVI

EL CONSENTIMIENTO HIPOTÉTICO, UNA FIGURA RECHAZABLE

DIEGO-M. LUZÓN PEÑA

Catedrático de Derecho Penal (emér.). Universidad de Alcalá, Madrid *

Fue Javier de Vicente Remesal, mi queridísimo discípulo, quien hace ya años me llamó la atención sobre la figura del llamado consentimiento hipotético, muy discutida sobre todo en la dogmática alemana en las últimas décadas desde mediados de los años 90, que yo no había tratado en las tres primeras ediciones de mi manual de Parte General para estudiantes (llamado Curso en la 1.^a ed. de 1996 y Lecciones en la 2.^a y 3.^a de 2012 y 2016), quien me hizo reflexionar sobre esa figura dándome sus muchas razones para rechazarla en múltiples conversaciones entre nosotros dos en estos años, razones que para mí tenían un peso enorme, siendo como es él un destacadísimo especialista en temas de consentimiento y responsabilidad o no en las actuaciones médicas ** y

* Dr. h. c. mult. Presidente de honor de la FICP (www.ficp.es; contacto@ficp.es).

** De entre sus numerosos e importantísimos trabajos sobre estas materias, aparte de los múltiples sobre imprudencias médicas o ejercicio legítimo de la profesión, cfr. sobre consentimiento y consentimiento presunto especialmente en el campo médico-quirúrgico solamente DE VICENTE REMESAL, Consentimiento y asentimiento, EJB, Civitas, 1995, 1507 ss.; Consentimiento y acuerdo: ¿causa de exclusión de la tipicidad o de la antijuridicidad?, en: Luzón/Mir (dirs.), Cuestiones actuales de la teoría del delito, Madrid, McGraw-Hill, 1999, 113 ss.; Die Einwilligung in ihrer strafrechtlichen Bedeutung. Bemerkungen über Tatbestandsausschluss und Rechtfertigungsgründe, FS-Roxin, 2001, 379 ss.; Consentimiento y asentimiento, en Luzón (dir.), EPB, 2002, 293 ss.; El consentimiento presunto y su relevancia penal en el ámbito quirúrgico, ForFICP 2017-1, 166 s.; La representación subjetiva del hecho típico en la tentativa frente a la representación de la justificación: un criterio para determinar el elemento subjetivo de justificación en el consentimiento presunto, ForFICP 2017-2, 83 ss.; tb. en LH-Berdugo II, 2022, 137 ss.; Die mutmassliche Einwilligung und ihre besondere Bedeutung im Rahmen einer Operationserweiterung, GA 2017

quien por eso me ha incitado y espoleado a tratarla en detalle. Por eso, para saldar esta deuda, una de las muchas que tengo con él, le dedico con el mayor de los cariños este estudio mío sobre ese pretendido consentimiento hipotético, que obliga a reflexionar e intentar ver con claridad las cosas en una problemática importante y difícil dentro de la teoría general del delito, en el núcleo duro del Derecho penal, que obliga a discutir y ponderar si son o no aplicables al consentimiento hipotético del afectado los criterios de exclusión de la imputación objetiva en los casos ¿paralelos? de cursos causales hipotéticos con conducta alternativa lícita o las causas de justificación del resultado o de exclusión de la tipicidad penal como eximentes de responsabilidad penal.

Javier de Vicente es mi primer discípulo, el más antiguo: Habiendo cursado su carrera de Derecho y recién licenciado en 1977 y doctorando desde entonces en el *alma mater* de Salamanca, la más antigua de las Universidades españolas, lo conocí en octubre de ese año en mi primera llegada desde Madrid a esa Universidad, yo como joven Profesor. Agregado interino en el curso 77/78, él iniciándose como doctorando, e inmediatamente simpatizamos claramente ambos. En octubre de 1978 regresé yo a Madrid, por haber superado antes un concurso-oposición al cuerpo nacional de Profesores Adjuntos (luego Titulares), a ocupar una plaza de Adjunto en la Univ. Autónoma de Madrid; pero en febrero de 1980 volví a la Univ. de Salamanca, que elegí tras haber ganado el mes anterior el concurso-oposición nacional a tres plazas de Prof. Agregado –un cuasicatedrático–, y Javier, que tenía ya una plaza de Ayudante con el catedrático Prof. Ortego, optó por trabajar conmigo y preparar bajo mi dirección desde ese momento su tesis doctoral. Decidimos de común acuerdo reconvertir el más modesto tema en el que trabajaba hasta entonces, la atenuante de arrepentimiento, en el mucho más ambicioso y complejo del comportamiento postdelictivo positivo (o rectificación postdelictiva) y su influencia, incluso eximente, en la punibilidad, para cuyo abordaje se sumergió de lleno en la dogmática penal alemana y completó posteriormente su contacto directo con ella en una estancia investigadora de dos años en el Instituto de Ciencias Penales de la Univ. de Múnich acogido por nuestro maestro alemán, el gran penalista Prof. Roxin. Antes de ello, al obtener yo en mayo de 1981 mi

(/12: FG-Mir), 689 ss.; Aspectos esenciales del consentimiento presunto en la práctica quirúrgica, con especial referencia a la determinación del elemento subjetivo de justificación, LH-Jorge Barreiro, 2019, 401 ss.; El consentimiento en las lesiones causadas por intervenciones quirúrgicas, REPC 23-19 2021, 1 ss.; El tratamiento jurídico-penal de las lesiones causadas por intervenciones quirúrgicas, LH-Corcóy, 2022, 515 ss.; Decisiones quirúrgicas en la mesa de operaciones: cuando el paciente no puede consentir, en Borja Pozo/García Amado (coords.), Responsabilidad jurídica médica, Univ. Católica de Cuenca, Ecuador, 2022, 369 ss.; El tratamiento jurídico penal de las lesiones causadas por las intervenciones quirúrgicas con resultado positivo y con resultado fallido, LH-Díez Ripollés, 2023, 1329 ss.

primera cátedra en la Univ. de León, Javier de Vicente me acompañó como Ayudante a la Facultad de Derecho de esa Universidad, donde comenzamos a crear prácticamente desde cero con un inmenso trabajo y entusiasmo una biblioteca y un modesto departamento de Derecho penal (que todavía no se obligaba a unir áreas dispares para alcanzar una cifra mínima mágica de profesores en un Departamento). Un año y medio después, en octubre de 1982 se nos incorporó a León como Ayudante y doctorando mi segundo discípulo, Miguel Díaz y García Conlledo, que había sido excelente alumno mío de Parte General en la Univ. Autónoma de Madrid, y ya los tres constituimos el núcleo inicial de nuestra escuela, hoy tan numerosa y fecunda, trabajando juntos en la mejor armonía en docencia, investigación, celebración de cursos, ciclos de conferencias y sobre todo seminarios que eran semillero de vocaciones investigadoras y académicas. En febrero de 1985, cinco años después de vincularse a mí como discípulo, Javier de Vicente defendió con el mayor éxito su indicada tesis doctoral sobre el comportamiento postdelictivo, la primera que dirigí y que tuvimos el honor de que fuera la primera tesis doctoral en Derecho defendida en la Facultad jurídica leonesa, tesis que la Universidad le publicó inmediatamente como libro que tuve la inmensa satisfacción de prologar y por la que le concedió merecidísimamente luego el premio extraordinario.

En los años posteriores ha proseguido incansable su dedicación y trabajo docente e investigador, produciendo múltiples publicaciones, siempre rigurosas, excelentes y del mayor nivel. En diciembre de 1986 obtuvo por concurso-oposición su primera plaza de funcionario como Prof. Titular de Derecho penal en la Univ. de León, de cuya Fac. de Derecho fue a continuación Vicedecano. Y la plaza de Catedrático la ganó nuevamente por concurso-oposición en septiembre de 1993 en la Universidad de Vigo, en la que entonces era su única Facultad de Derecho, la de Orense/Ourense hasta que algo después se creó la de Vigo. Constituyó un mérito y un triunfo extraordinario de Javier la obtención de esa cátedra, porque, desde que diez años antes la ley de reforma universitaria de 1983 cambió el lugar de celebración de los concursos al de la propia Universidad convocante de la plaza (en vez de en Madrid para plazas de varias Universidades) y la composición de las comisiones evaluadoras (antes elegidas muy mayoritariamente por sorteo) de modo que de sus cinco miembros dos, el presidente y el secretario, fueran nombrados por la propia universidad convocante –lo que hacía facilísimo que lograran el apoyo de uno de los otros tres miembros elegidos por sorteo–, fue una de las primeras y poquísimas veces en cátedras de Derecho Penal españolas en que ganaba el concurso un candidato de fuera, Javier de Vicente, que fue votado por los tres vocales de la comisión designados por sorteo, los Profs. Díez Ripollés, de la Cuesta Arza-

mendi y Gracia Martín, frente a un candidato, el local, que desempeñaba interinamente la cátedra de Orense y tuvo por eso el apoyo de los dos miembros nombrados por la Univ. de Vigo. (Una hazaña por cierto que volvió a repetir diez años después, en 2003, nuevamente con carácter insólito el tercer discípulo mío, José Manuel Paredes Castañón, en la Fac. de Derecho de San Sebastián de la Univ. del País Vasco ganando el concurso a una cátedra de Derecho Penal frente a dos candidatos de la propia UPV al ser votado él por los tres catedráticos vocales de la Comisión elegidos por sorteo).

En la Universidad de Vigo Javier de Vicente ha desempeñado y dirigido su cátedra ininterrumpidamente y con dedicación exclusiva y ejemplar durante estos treinta años largos desde entonces, además de ser sucesivamente Vicedecano de la Fac. de Derecho de Orense, Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y del Trabajo de Vigo y finalmente Vicerrector de profesorado. Ha dirigido las muy brillantes tesis doctorales, formación y carreras académicas de sus dos discípulos directos, primero Marta García Mosquera y después Virxilio Rodríguez Vázquez, y coordinado la actividad docente de otros profesores de diversas categorías con excelente relación con todos, siendo especialmente destacable su relación de amistad fraternal con José Manuel García Sobrado, padre de su primera discípula, brillante abogado, gran caballero y recientemente jubilado como Prof. asociado en Orense. En ambas Facultades ha desarrollado diversas líneas de investigación y docentes, acompañadas de congresos, conferencias, ciclos y cursos de especialización, en particular sobre delitos patrimoniales, especialmente los fraudulentos, y contra la salud pública, sobre la actividad médica y sanitaria en Derecho penal y Derecho en general, o sobre seguridad y ciencias policiales. Y su trayectoria universitaria y científica, además de otras distinciones, ha obtenido finalmente el mayor reconocimiento académico posible con su investidura en 2018 como Doctor Honoris causa por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega de Lima.

Nuestra estrechísima relación discipular y de amistad ha durado desde que nos conocemos continua, inalterable y con una lealtad y profesión de cariño hacia mí de las que más no es posible esperar, y a las que yo he procurado corresponderle siempre. Ha estado permanentemente a nuestro lado y apoyándonos sin límite a todos los integrantes de nuestra escuela, y a mí en particular, sin dudarle en algunos momentos de dificultades y por supuesto siempre en los muchos momentos buenos.

Subrayaré primero su constante generosísima actitud respecto del resto de la escuela: Ha sido siempre un hermano mayor académico ejemplar para con sus condiscípulos más jóvenes, a quienes ha enseñado y acompañado en tribunales de sus tesis doctorales o en concursos a plazas docentes, en los tres

congresos internacionales de la FICP que preside, tan vinculada a nosotros, así como en nuestros constantes seminarios y congresos con reunión de toda la escuela. Merece destacarse la entrañable anécdota de que se ha convertido en tradición esperadísima el que año tras año la cena de clausura en mi casa de nuestro anual y estival Seminario interuniversitario de Alcalá –con participación de los integrantes de nuestra escuela cada vez más numerosos y de más países, de los patronos de la FICP, de cambiantes ponentes invitados y de otros colegas próximos– ha culminado a medianoche en punto con una «queimada» (de orujo de aguardiente) que Javier como cabeza de la rama gallega de la escuela ha oficiado y preparado siempre, unida a exquisitos dulces gallegos, en la gran mesa de piedra de Porriño del jardín acompañado de algunos de sus colaboradores, entonando con ellos el tradicional correspondiente «conxuro» para prevenir maleficios de las brujas, coreado por todos los presentes. Y especialmente generosa e importante ha sido su iniciativa de acoger en su Universidad a discípulos de nuestra escuela cuando no tenían plazas de promoción en sus universidades: a José Manuel Paredes y después a María Trapero como profesores titulares en Orense durante bastantes años, y finalmente en Vigo y Orense desde ayudante Dr. a la discípula de Miguel Díaz Natalia Torres Cadavid, que se ha afincado allí porque ha acabado siendo la esposa de Virxilio Rodríguez Vázquez.

Y respecto de mí mismo, son incontables y constantes sus muestras de apoyo y unión conmigo y los motivos míos por ello de profunda gratitud y cariño hacia él; resaltaré sólo algunos. Además de todos los apoyos mencionados a discípulos míos directos e indirectos, que eran simultáneamente un indudable apoyo a mí, estuvo inquebrantable a mi lado en los años de mayores ataques de un colega entonces muy poderoso que se enfrentaba reiteradamente a mí y los míos, y aunque afortunadamente nunca triunfó en sus enfrentamientos, Javier de Vicente supo afrontar el riesgo de su hostilidad mientras aún eran inciertos los resultados. En 2005, siendo Vicerrector de profesorado, propuso y logró que su Univ. de Vigo me nombrara Profesor Honorario del claustro, concretamente de su Fac. de Derecho de Orense, celebrándose en enero de 2006 una solemne ceremonia de investidura en trajes académicos, presidida por el rector y demás autoridades universitarias, equivalente en todo a un doctorado *honoris causa*, en la que Javier fungió como padrino con su *laudatio* y yo respondiendo como investido con una *lectio* ante el público de profesores de la Univ., casi todos los miembros de mi escuela y una promoción de estudiantes que se habían graduado. En mis sucesivos cinco doctorados *honoris causa* ha sido el único de mis discípulos que ha podido estar a mi lado en todos: no sólo estuvo junto conmigo igual que mis otros discípulos más antiguos

y otros colegas grandes amigos en el primero e inolvidable –unido a un gran congreso internacional en mi honor– en 2004 en la UCA (Univ. CentroAmericana) de Nicaragua y por supuesto en el último –e importantísimo por ser español y unido a otro relevante congreso internacional en mi honor– de la Univ. de León en 2017, promovido por Miguel Díaz y con asistencia de toda nuestra escuela, sino que en octubre de 2016 Javier me acompañó durante dos preciosas semanas por Perú a los sucesivos actos de solemne investidura de los títulos de Dr. *honoris causa* que meses antes me habían otorgado a las Universidades San Agustín de Arequipa, José Carlos Mariátegui de Moquegua y la Inca Garcilaso de la Vega de Lima.

De especial importancia para mí ha sido que en 2008 se sumó de modo protagonista a mí junto con otros queridos colegas amigos y discípulos españoles e iberoamericanos como patronos fundadores en la aventura de crear y poner en marcha la asociación de penalistas que llamamos Fundación Internacional de Ciencias Penales, la FICP, siendo nombrado por acuerdo unánime de los fundadores Presidente de ella, junto con una doble presidencia de honor de Santiago Mir Puig y mía. Desde entonces la preside, acompañándome en esa calidad en los tres importantísimos congresos internacionales de la FICP celebrados en 2015, 2017 y, tras obligar la pandemia en 2020 a suspenderlo, finalmente en 2022, respectivamente en Barcelona, Bogotá y Alcalá, así como junto con Miguel Díaz al acto de presentación en Lima del libro-homenaje de nuestra escuela a Claus Roxin por su doctorado h.c. en la Inca Garcilaso de la Vega. Por último quiero recordar que son innumerables las ocasiones en que su esposa Else y él generosamente nos han invitado a Julita, mi mujer, y a mí a pasar gratísimas estancias en su casa de campo en mitad del maravilloso y envidiable paisaje gallego en la cercanía de Porriño y a utilizarla como centro de operaciones para reiteradas e inolvidables excursiones, casi siempre acompañados por el matrimonio amigo García Sobrado/Mosquera y a veces por alguno de los dos discípulos directos de Javier, por las rías bajas pontevedresas y sus respectivas poblaciones, o por la privilegiada geografía e historia de Orense/Ourense, la Auriense romana, su provincia y su maravillosa Ribeira Sacra, o por las preciosas ciudades y villas del norte de Portugal.

Por todo esto, mi queridísimo Javier, además de tener el inmenso honor y privilegio de poder acompañar como último de los integrantes del grupo de promotores a tus dos discípulos Marta y Virxilio y a tu condiscípulo más antiguo y querido, Miguel, hoy primeros promotores de este libro y homenaje por la culminación de tu vida universitaria, en la dirección y en la introducción/*laudatio* de este más que merecido Libro Homenaje a toda tu trayectoria y vida académica en activo, es para mí una inmensa alegría y satisfacción poder ade-

más dedicarte, junto con el largo recordatorio de nuestra relación y vida en común de casi medio siglo, como contribución al libro en forma de artículo científico este trabajo mío sobre el consentimiento hipotético, tema que, como he explicado al principio, tanto te interesa y apasiona. Con mi mayor cariño y perpetua amistad recibe al tiempo mi mayor y más calurosa felicitación por tu 70.º aniversario, emocionada por poder vivirlo yo contigo, y te deseo de todo corazón que sigan, disfrutes y nos regales muchos, muchos años más.

I. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DEL LLAMADO CONSENTIMIENTO HIPOTÉTICO

1. En los últimos años del siglo xx la doctrina ha elaborado el concepto de «consentimiento hipotético»¹, tomándolo y trasponiéndolo del campo de la doc. y jurisprud. civilista alemana², para denominar en el campo del consentimiento, sobre todo en el ámbito del consentimiento informado en el tratamiento médico-quirúrgico (pero también se plantea en algún otro campo, como en la administración desleal³), a supuestos paralelos a los denominados cursos causales hipotéticos: se trata de casos en que el afectado, que podría hacerlo, no ha prestado un consentimiento válido a una actuación que le afecta (generalmente intervención quirúrgica o médica o alguna disposición de su administrador), o porque no ha prestado su consentimiento en absoluto para una intervención que se le practica al mismo tiempo que se le somete a otra que sí había consentido debidamente (o para una disposición del administrador sobre su patrimonio), o porque ha consentido pero de modo inválido, pues *no ha prestado el debido consentimiento suficientemente informado, pero dadas las circunstancias de su enfermedad o situación etc. el médico (o el administrador), que sabe que no tiene el consentimiento informado y válido, parte de la base*

¹ Comienzan a ocuparse de este fenómeno y utilizar la terminología consent. hipotético (*hypothetische Einwilligung*) ULSSENHEIMER, NStZ 1996, 132 ss.; RIGIZAHN, JR 1996, 72 ss.; KUHLEN, FS-Roxin, 2001, 331 ss.; FS-Müller-Dietz, 2001, 431 ss.; JR 2004, 227 ss. (y en Stratenwerth/Kuhlen, AT, 5.ª 2004/6.ª 2011, § 9/28), y monográficamente su discípulo DREHER, Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen, 2003; PUPPE, GA 2003, 763 ss.; a partir de ellos paulatinamente la doctrina: cfr. bibl. cit. al final de este trabajo. ROXIN, no se ocupaba de esta constelación de casos en las tres primeras eds. de su AT I y sólo la trata en AT I, 4.ª, 2006, § 13/119 ss.; lo vuelve a tratar en su art. en medstra 2017, 119 ss.; y nuevamente ROXIN/GRECO, AT I, 5.ª, 2020, § 13/119 ss.

² Cfr. ampliamente sobre ese origen y trasposición del concepto desde la jurisprud. civil del BGH, por muchos, PUPPE, GA 2003, 763 ss.; InDret 2007-1, 2 ss.; ZIS 2016, 366 ss.; ELDP 5 2017, 172 ss.; BÖCKER, JZ 2005, 925 ss.; ROSENAU, FS-Maiwald, 2010, 683 ss.

³ Cfr. p. ej. RÖNNAU, LK, II, 11.ª 2006, antes § 32/232; JAHN/ZIEMANN, ZIS 2016, 552 ss.; SCHMIDT, M., Die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung und ihre Übertragbarkeit auf die Untreue, 2018, 201 ss. Ya lo aceptó la sent. OLG Hamm NStZ-RR 2012, 374.

de que, *si se hubieran molestado en informarle de todas las circunstancias* de su caso y la necesidad o alta conveniencia de la intervención, habría posibilidades de que el afectado hubiera consentido

2. El grado de posibilidad ciertamente depende de la exigencia que se considere correcta para poder aplicar el *in dubio pro reo*⁴: para un posible planteamiento ciertamente restrictivo (del concepto y alcance del «consentimiento hipotético»), habría que requerir que el sujeto pasivo *con seguridad o con alta probabilidad habría consentido*; pero hay opiniones que van más allá y, haciendo el planteamiento inverso sostienen que la falta de consentimiento suficientemente informado «sólo fundamentará responsabilidad del médico por lesiones si el paciente no habría consentido en la intervención aun con una información suficiente»⁵, y por tanto consideran que la aceptación de un consentimiento hipotético que sería un *consentimiento eximente* de las lesiones, es aplicable *siempre que haya algunas posibilidades*, no ya seguridad ni siquiera probabilidad, *de que el sujeto pasivo hubiera consentido* la actuación si se le hubiera pedido dándole la información suficiente.

3. Lo que hace que estos supuestos difieran de los de consentimiento presunto es que en éstos el sujeto pasivo no podía prestar su efectivo consentimiento válido por no estar presente o por estar inconsciente o impedido, mientras que en los del consentimiento hipotético se puede perfectamente consultar al sujeto pasivo si presta o no su debido consentimiento informado y válido, y sin embargo el agente no lo ha hecho, infringiendo su deber de dar suficiente información y recabar el consentimiento informado⁶, con lo que actúa antijurídicamente⁷. Se parece en parte al consentimiento presunto en que en muchas ocasio-

⁴ Igual que sucede en la discusión sobre la imputación objetiva o no en cursos causales hipotéticos con conducta alternativa hipotética lícita o conforme a Derecho: v. LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.º 2016, 15/98 ss. Sin embargo, como considero totalmente incorrecta como veremos la concepción del consentimiento hipotético como eximente en el campo jurídicopenal, no merece la pena exponer en detalle ni lógicamente tomar partido sobre las diversas posiciones de quienes consideran preciso un determinado grado de posibilidades (seguridad, probabilidad o simple posibilidad) de hipotético consentimiento del afectado para que opere según ellos el *in dubio pro reo* excluyendo la responsabilidad penal por negar la imputación objetiva del resultado ilícito.

⁵ Así la sent. BGH 29. 6.1995, NStZ 1996, 34 ss. (35), y antes ya BGHR StGB, § 223 1 Heilangriff 2. Similar la fórmula de BGH StV 2004, 373: no exención «si no se hubiera producido el consentimiento en caso de una información conforme a lo ordenado», sentencia apoyada por RÖNNAU, NStZ 2004, 801. Son las fórmulas con las que se inicia el planteamiento de la cuestión del consentimiento hipotético en el tratado de Roxin, AT I, 4.ª, 2006, § 13/119 y n. 193 s., y ROXIN/GRECO, AT I, 5.ª, 2020, § 13/119 y n. 306 s.

⁶ Así reiteradamente ROXIN, AT I, 4.ª, 2006, § 13/122 ss., 132; en contra, considerando que el consent. hipotético excluye la antijuridicidad, la sent. BGH StrV 2004, 377.

⁷ La doc. destaca que el que el paciente podía haber consentido o rechazado y no lo hizo marca una diferencia sustancial con el consentimiento presunto, donde el afectado no puede ser preguntado; cfr. p.ej. KUHLEN, JR 2004, 229 s.; ROXIN, AT I, 4.ª, 2006, § 13/132; DE VICENTE REMESAL, en Borja Pozo/García Amado (coords.), Responsabilidad jurídica médica, 2022, 379.

nes el autor –el médico, el administrador, en los casos de actuaciones en esos campos–, aunque infrinja consciente o inconscientemente su deber de previa información, no sólo actúa de buena fe en cuanto a la convicción de que el afectado realmente sí consentiría válidamente si con plena información se le pidiera, sino que esa presunción de hipotético consentimiento final del afectado puede ser objetivamente fundada y plenamente razonable, con lo cual, aunque sí tenga el dolo de conocer que el paciente realmente no ha consentido, cabría hablar –aun no siendo exacto– de que no habría «dolo» ni «imprudencia» respecto de la posibilidad de que *ex post* el afectado realmente no consintiera⁸. Pero en el consentimiento hipotético pueden darse casos de «dolo eventual» sobre esa posibilidad posterior cuando el médico se ha representado y acepta sin poderla excluir una posibilidad no desdeñable de que el afectado, si se le diera plena información (de riesgos o consecuencias secundarias), rechazara la intervención. Y también a diferencia del consentimiento presunto, en el hipotético pueden darse supuestos en que, aparte de ser ilícita la actuación inicial ya por no cumplir el deber de solicitarle al afectado su debido consentimiento informado que era posible, la creencia del agente objetivamente no sea plenamente fundada y racional y por tanto sea ya «imprudente» en cuanto a la posibilidad de que el afectado finalmente pudiera no dar su consentimiento si se le solicitara debidamente.

4. La aplicabilidad del pretendido consentimiento hipotético se ha planteado desde múltiples supuestos médicos reales debatidos ante los tribunales hasta casos imaginados por la doctrina: Baste citar como ejemplos de supuestos reales de graves infracciones tres de los primeros y más conocidos casos tratados en los tribunales penales alemanes. En la jurisprudencia penal alemana surgió la discusión en primer lugar en el llamado «caso Surgibone», BGH 29.6.1995, NStZ 1996, 34 ss.: un cirujano prefirió insertarle a seis pacientes un implante de material sintético llamado *surgibone* (*bone* en inglés = hueso, de la empresa Surgival) y al pedirles el consentimiento no les informó de la posible alternativa de un autoimplante óseo, pensando que, si les hubiera informado de esa alternativa pero diciéndoles que consideraba preferible el implante artificial, posiblemente habrían consentido, pero en este caso hubo problemas de cicatrización con el implante artificial, cuyo peligro habría sido menor con un implante óseo⁹. En el

⁸ Utilizo aquí los términos dolo e imprudencia de modo provisional (y realmente inexacto), referidos solamente a la posibilidad de que el afectado al final no consintiera, prescindiendo de que la parte subjetiva del tipo, el auténtico dolo y la auténtica imprudencia tienen que referirse al tipo objetivo completo de ilícito o de injusto; es decir, sin entrar en la cuestión, que se aborda después, de si el hecho de que se compruebe que el afectado finalmente consentiría si se le hubiera pedido debidamente excluiría o no un hecho típico competo, consumado, que ya veremos que no es así.

⁹ El supuesto se complicaba porque además en aquellas fechas el *surgibone*, que se implantaba normalmente en EEUU, aún no estaba autorizado en Alemania; y el BGH exigió que el nuevo trib. senten-

«caso del disco intervertebral» (2004)¹⁰ una cirujana, que había obtenido el consentimiento del paciente para operar un prolapso (abombamiento) discal mayor, en la intervención confunde el canal medular y elimina un prolapso discal menor, y, al darse cuenta posteriormente de su error, para no reconocerlo engaña al paciente diciendo que el prolapso mayor había experimentado una recidiva precoz y había que volver a operarlo, consintiendo el paciente en la segunda intervención, en la que la médico elimina el prolapso no operado, actuando además de modo bastante descuidado, y a continuación le dice al paciente que aprovechó para eliminar un prolapso menor; lo notable es que el BGH encargó a un nuevo juez que constatará si el paciente habría dado también su consentimiento hipotético a esa operación del prolapso mayor aun sabiendo que la cirujana se había equivocado en la primera operación. Y en el «caso de la punta de broca rota» (2004)¹¹, al operar un cirujano para estabilizar una articulación de húmero, se le rompe la broca quedando su punta insertada en el omoplato y no es capaz de extraerla, por lo que acaba la operación dejándola dentro, pero, al darse cuenta después de que ello se vería en cualquier radiografía, para extraer la punta de la broca engaña al paciente diciéndole que es necesaria una segunda operación para estabilizar la articulación y obtiene así su consentimiento viciado; en este caso el BGH sostiene que no habrá absolución por consentimiento hipotético si se constata que el paciente no consentiría la segunda intervención si se le hubiera informado correctamente, y lo consideró probado por la posterior declaración del paciente afirmando que en ningún caso hubiese consentido¹². En cuanto a casos de infracciones no graves citaré dos: Primero el caso real «del trasplante de células hepáticas» (2011)¹³, en el que un paciente con cirrosis hepática rechazó por diversos motivos el tratamiento normal de un trasplante de hígado y eligió en cambio como su última tabla de salvación un trasplante de células hepáticas pese a haber poca experiencia en él, habiendo sido informado suficientemente de los riesgos, pero no a fondo de las ventajas de ese método, y acabó muriendo por complicaciones derivadas de la intervención; y aquí el tribunal no pudo llegar a la

ciador indagara si el paciente habría consentido el tratamiento con el implante *Surgibone* si hubiera sabido que en Alemania no estaba autorizado, y consideraba que, de no constatarse tal conformidad, debería aplicarse el *in dubio pro reo*.

¹⁰ *Bandscheibenfall*: BGH 4.3.2004, StV 2004, 376 ss.

¹¹ El *abgebrochene Bohrerstippen-Fall*: BGH 20.1.2004 – 1 StR 319/03, JR 2004, 469 ss.

¹² Frente a esta posición del BGH PUPPE, InDret 2007-1, 6, insistiendo en su tesis de que es imposible saber *ex post*, aunque se le pregunte, qué habría decidido el paciente si se le hubiera informado correctamente, objeta: «¿Pero cómo puede el paciente saber qué habría decidido si el médico, en lugar de engañarle de manera descarada y, además, estafarle posiblemente al pasar la cuenta, hubiese admitido apesadumbrado su error, le hubiese ofrecido una indemnización e, incluso, le hubiese expuesto las razones por las que la extracción del cuerpo extraño de su omoplato sería también en interés de su salud?».

¹³ BGH 20.2.2013, NJW 2013, 1688 ss. Citándolo ROXIN/GRECO, AT I, 5.ª, 2020, § 13/131a.

convicción de que el paciente habría negado su consentimiento en el caso de una completa información. Y de supuestos imaginados se puede citar uno planteado por Roxin: un paciente con cataratas se somete a una operación del cristalino, a la que no hay alternativa, y la operación tiene éxito, pero el médico no le ha informado de los riesgos no graves de esa intervención, con lo que no hay un consentimiento plenamente válido, pero el paciente previsiblemente consentiría también aunque le hubieran informado de todos los riesgos¹⁴.

5. Pues bien, lo que se discute vivamente es si ese hipotético consentimiento (no prestado) puede o no excluir la responsabilidad penal, como sucede con el consentimiento o el consentimiento presunto cuando son eficaces, y por qué.

II. TRATAMIENTO DEL CONSENTIMIENTO HIPOTÉTICO

1. **Apreciación como eximente, negando la imputación objetiva en el campo de la justificación**

Una posición, inspirada como hemos visto en la sostenida en el campo jurídico-civil, defiende el paralelismo con los cursos causales hipotéticos con la hipotética misma conducta alternativa lícita y su repercusión en la posible exclusión de la imputación objetiva del resultado: se sostiene que también en el consentimiento, ya sea causa de exclusión de la tipicidad o de justificación –según los casos o según las concepciones, aunque la intervención (quirúrgica o médica)¹⁵ la haya efectuado el agente sin tener previamente el consentimiento del afectado o sin haber dado la debida información suficiente y sin contar por ello en principio con un consentimiento eficaz, ha de existir, igual que para la imputación objetiva del resultado causado en caso de hipotética conducta alternativa conforme a Derecho, lícita, una conexión entre la infracción de la norma y deber de contar con un consentimiento informado y el resultado típico-ilícito que debe encajar en el fin de protección o evitación de dicha norma para que se le pueda imputar a tal infracción. Por ello se niega tal imputación del resultado de las lesiones en principio penalmente ilícitas a la infracción o vulneración de contar con un consentimiento suficientemente informado para efectuar la intervención en el hipotético supuesto de que el afec-

¹⁴ Cfr. ROXIN, AT I, 4.ª, 2006, § 13/120; ROXIN/GRECO, AT I, 5.ª, 2020, § 13/120/121.

¹⁵ O a una disposición de su patrimonio por el administrador, en los casos paralelos de administración desleal o apropiación indebida: v. *supra* I y n. 3. En toda la exposición que sigue hay que dar por sobreentendida junto a los supuestos más discutidos del campo médico también esta segunda posibilidad, pero parece preferible, para que no resulte fatigoso, no repetirla expresamente en cada ocasión.

tado (el paciente), pese a que no ha consentido o no eficazmente, si se le hubiera pedido su consentimiento previo o se le hubiera dado la debida información, con un grado equis de posibilidades –según la posición que se defienda– sí habría consentido en tal intervención, cosa que declara posteriormente el afectado al ser preguntado o con la que dadas las circunstancias del caso y del afectado podía contar el autor en el momento de la intervención; porque, se argumenta, en tal hipótesis la infracción de la norma y del deber de contar con consentimiento informado no se ha realizado en el resultado, éste no encaja en el fin o ámbito de evitación de la norma infringida, no se da la relación de imputación objetiva entre, por una parte, la no solicitud de consentimiento informado o la falta de información relevante cuando se pidió el consentimiento y, por otra, la realización de la intervención sin un consentimiento válido (o en todo caso penalmente eximente) del afectado, o, si se quiere formularlo de otro modo, en esa hipótesis el afectado sí habría dado un consentimiento informado, con lo que finalmente no habría un resultado ilícito. Y por tanto, con una u otra formulación, tal consentimiento hipotético opera como eximente de la responsabilidad penal (para unos como justificante, para otros como excluyente de la tipicidad penal). Esta posición ¹⁶ ha ido aumentando en seguidores pero sigue siendo minoritaria.

2. Rechazo del consentimiento hipotético como eximente

a) LAS RAZONES DE LA DOCTRINA MAYORITARIA PARA EL RECHAZO

La doc. mayoritaria, no obstante, rechaza con razón que se aplique al campo del consentimiento y en el terreno médico quirúrgico al del consenti-

¹⁶ Posición iniciada en el ámbito penal por la jurisprud. del BGH alemán: BGHR StGB, § 223 1 Heilangriff 2; BGH 29. 6.1995, NStZ 1996, 34 ss.; BGH, NStZ-RR 2004, 16 ss.; NStZ, 2004: 442; BGH 4.3.2004, StV 2004, 376 ss.; BGH, NStZ-RR 2007, 340 ss.; BGH NStZ 2012, 205 ss.; BGH NJW 2013, 1688 ss. Y en la doc. KUHLEN, FS-Roxin, 2001, 331 ss.; JR, 2004, 227; DREHER, M., Objektive Erfolgszurechnung, 2003, passim; ROXIN, AT I, 4.^a 2006, § 13/120 ss., aunque en 124 ss. defendiendo aquí su teoría del incremento del riesgo (pero posteriormente cambia de posición y rechaza el consent. hipotético en medstra 2017, 129 ss.); FREUND, AT, 2.^a 2008, § 3/44b-f; ROSENAU, FS-Maiwald, 2010, 691; WIESNER, Die hypothetische Einwilligung, 2010, 107 ss.; GARBE, Wille und Hypothese, 2011, 243 ss.; ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, Imputación objetiva..., 2013, 291 ss.; El consentimiento en DP, 2014, 229 ss.; LH-Schünemann I, 2014, 231 ss., 243; HENGSTENBERG, Die hypothetische Einwilligung, 2013, 333 ss.; HILGENDORF/VALERIUS, AT, 1.^a 2013 a 3.^a, 2022, § 5/138 ss.; SILVA SÁNCHEZ, ZIS 2014, 549 s.; BEULKE, medstra 2015, 72 ss.; MAGNUS, Patientenautonomie, 2015, 157 ss.; SCHMIDT, Die Rechtsfigur, 2018, 173 ss. y sobre admin. desleal 201 ss.; MURMANN, GK, 5.^a 2019, § 25/132. Con la fundamentación minoritaria de considerar que al final hay justificación del resultado, un resultado lícito, MITSCH, JZ 2005, 279 ss. (aunque mucho más restrictivo en trabajos posteriores: v. n. sig.).

miento informado, sea causa de justificación o de atipicidad, paralelamente la construcción de la imputación objetiva¹⁷, con diversos argumentos que a continuación se exponen:

1) No se puede afirmar, como hacen algunos, que si hubiera hipotético consentimiento del paciente ante una información correcta, desaparece la anti-juridicidad de la conducta o lo ilícito o injusto del resultado¹⁸, porque el hecho es antijurídico al vulnerar la norma que prohíbe realizar una intervención médica sin consentimiento o sin adecuada información¹⁹, de modo que a lo sumo podría negarse la imputación objetiva del resultado ilícito²⁰.

2) Pero también es inaceptable la aplicación a estos supuestos de la teoría de la imputación objetiva, especialmente por la incorrección dogmática del paralelismo, ya que a diferencia de los supuestos de hipotética conducta alternativa lícita en vez de la real infractora de la norma, donde basta con suprimir mentalmente la infracción de la norma para que la misma conducta sea en principio lícita, en los de consentimiento hipotético no basta con suprimir mentalmente la falta de debida información, dado que una operación con debi-

¹⁷ Rechazando la figura como eximente de responsabilidad penal PUPPE, GA 2003, 769; InDret 2007-1, 4; AT, 3.^a 2016, § 11/20; ZIS 2016, 366 ss.; ELDP 5 2017, 172 ss.; OTTO, AT, 7.^a 2004, § 8/134; Jura 2005, 682 ss.; DUTTGE, FS-Schroeder, 2006, 182 ss.; GROPP, FS-Schroeder, 2006, 197 ss., 207; RÖNNAU, LK, II, 12.^a 2006, 13.^a 2019, antes de § 32/231 s.; JuS 2014, 885; JÄGER, Zurechnung und Rechtfertigung, 2006, 26; FS-Jung, 2007, 350 ss.; BOSCH, JA 2008, 71 ss.; SICKOR, JA 2008, 14 ss.; STERNBERG-LIEBEN, StV 2008, 191 ss.; FS-Beulke, 2015, 301 ss.; MedR 2019, 185 ss.; EDLBAUER, Hypothetische Einwilligung, 2009, 420 ss., 469 ss.; EISELE, FS-Strätz, 2009, 163 ss., 180 ss.; SCHWARTZ, Die hypothetische Einwilligung, 2009, 175 ss.; ALBRECHT, Die «hypothetische Einwilligung», 2010, 499 ss.; OTTO/ALBRECHT, Jura 2010, 267 ss.; JANSEN, ZJS 2011, 489 ss.; MITSCH, FS-Achenbach, 2011, 302 ss., 306 s.; JRE 24 2016, 263 ss.; SCHLEHOFER, FS-Puppe, 2011, 953 ss., 969 ss.; WEBER, FS-Puppe, 2011, 1059 ss., 1064; SCHLACK, RDUCN 19-2 2012, 284 ss.; InDret 2015-4, ExLibris 8 s.; SOWADA, NStZ 2012, 1 ss., 6 ss.; YAMANAKA, Kritisch-dogmatische Überlegungen, 2012, 236 ss., passim; CONRAD/KORANYI, JuS 2013, 975 ss., 983 ss.; ENGLÄNDER, en Matt/Renzikowski, StGB, 2013, 2.^a 2020, antes de § 32/27; FRISTER, AT, 6.^a 2013, 9.^a 2020, 15/34; PAEFFGEN, NK, 4.^a 2013, 5.^a 2017, antes de § 32/168a; GAEDE, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht, 2014, 38 ss.; BERSTER, JA 2015, 914 ss.; HAAS, GA 2015, 147 ss., 159; PIZARRO WILSON, RDPUCV 2015-1, 97 ss.; SALIGER, FS-Beulke, 2015, 264 ss.; ZABEL, GA 2015, 229 ss.; BÖSE, ZIS 2016, 497 ss.; REJ 29 2018, 1 ss.; STURM, Die hypothetische Einwilligung, 2016, 136 ss.; ROXIN, medstra 2017, 130 ss.; OLIVEIRA MOURA, LH-Costa Andrade I, 2018, 875 ss., 885 ss.; BECK, GdS-Tröndle, 2019, 395 ss.; GRECO, GA 2019, 684 ss.; HEINRICH, AT, 6.^a 2019, 7.^a 2022, nm. 478c; DÍAS LESTON, FS-Sancinetti, 2020, 254 ss.; ADPCP 2022, 729 ss., 743 ss.; ROXIN/GRECO, AT I, 5.^a, 2020, § 13/125 ss.; DE VICENTE REMESAL, en Borja Pozo/García Amado (coords.), Responsabilidad jurídica médica, 2022, 379 ss.

¹⁸ Considerando no antijurídica la conducta las sents. BGH StV 2004, 376 ss. = JZ 2004, 799 (Bandscheibenfall: caso del disco intervertebral); BGH NStZ-RR 2007, 340 ss.; BGH NStZ 2012, 205 ss. (206); en la doc. MITSCH, JZ 2005, 279 ss.: justificación del resultado, resultado lícito; o BEULKE, medstra 2015, 67 ss., 73; consent. hipot. como causa de justificación independiente.

¹⁹ Así entre otros ROXIN, AT I, 4.^a, 2006, § 13/122; medstra 2017, 130 ss.; ROXIN/GRECO, AT I, 5.^a, 2020, § 13/122, 125.

²⁰ Planteamiento de ROXIN, AT I, 4.^a, 2006, § 13/122; ROXIN/GRECO, AT I, 5.^a, 2020, § 13/122, donde añaden que ello deja abierto en caso de dolo un posible castigo por tentativa.

da información pero no consentida es ilícita, de modo que aquí habrá que añadir además un consentimiento a tal información para que la conducta inicial fuera una hipotética alternativa lícita²¹, o bien habría que admitir que la hipotética conducta alternativa lícita sería abstenerse de la operación, no operar, ya que no ha habido consentimiento eficaz, y entonces sí se habría impedido el resultado lesivo, lo que significará que sí ha habido nexo o conexión entre la infracción de deber y el resultado lesivo y por tanto no se puede negar tal conexión como afirma la teoría criticada²²; y además es peligroso extender y expandir el pensamiento de la imputación objetiva a otros terrenos²³.

3) Realmente el consentimiento hipotético actuará *a posteriori* cuando el afectado, que no emitió un consentimiento suficientemente informado en el momento de la operación, al ser preguntado después cuál habría sido su decisión si se le hubiera dado la información relevante y se hubiera pedido su autorización, responda que seguro o seguramente habría consentido, lo que simplemente es una encubierta ratificación posterior, un perdón, que a diferencia de en Derecho civil no puede ser eficaz como eximente por buenas razones en Derecho penal²⁴.

4) Por ello esta figura, al prescindir de que no ha habido un consentimiento real suficientemente informado, en verdad es contraria, hostil del derecho de autodeterminación y libre decisión, de autonomía del paciente afectado, lo desprecia²⁵, «socava la autonomía del paciente»²⁶ y prescinde y desprecia, es decir, es tendencialmente contraria al deber de información mé-

²¹ Así la doc. mayor. cit. en n. 17; cfr. sobre los argumentos expuestos en el texto para el rechazo JÄGER, FS-Jung, 2007, 350 ss.; SCHWARTZ, Die hypothetische Einwilligung, 2009, 175 ss.; SOWADA, NStZ 2012, 1 ss., 10; ROXIN/GRECO, AT I, 5.^a, 2020, § 13/126.

²² Así JÄGER, FS-Jung, 2007, 351, 345 ss.; SCHWARTZ, Die hypothetische Einwilligung, 2009, 222; SWOBODA, ZIS 2013, 22.

²³ Así enérgicamente BÖSE, ZIS 2016, 497 ss.; REJ 29, 2018, 1 ss.

²⁴ GROPP, FS-Schroeder, 2006, 207; FS-Jung, 2007, 354 ss.; WEBER, FS-Puppe, 2011, 1064; SOWADA, NStZ 2012, 7 s.; ROXIN/GRECO, AT I, 5.^a, 2020, § 13/125; similar DE VICENTE REMESAL, en Borja Pozo/García Amado (coords.), Responsabilidad jurídica médica, 2022, 380. Solamente argumentando que lo que vale para excluir la responsabilidad civil no es válido para el enjuiciamiento jurídico-penal FRISTER, AT, 6.^a 2013, 9.^a 2020, 15/34 y n. 74. Indicando que son distintas las reglas de prueba en el Der. civil y en el penal, JANSEN, ZJS 2011, 483, 491; JÄGER, JA 2016, 474; ROXIN, medstra 2017, 133; HEINRICH, AT, 7.^a 2022, nm. 478c.

²⁵ Así PUPPE, GA 2003, 769; InDret 2007-1, 4; AT, 3.^a 2016, § 11/20; ZIS 2016, 366 ss.; ELDP 5 2017, 172 ss.; OTTO, AT, 7.^a 2004, § 8/134; DUTTGE, FS-Schroeder, 2006, 182 ss.; GROPP, FS-Schroeder, 2006, 197 ss.; SICKOR, JA 2008, 14 ss.; MITSCH, FS-Achenbach, 2011, 302 ss.; SCHLACK, RDUCN 19-2 2012, 286 ss.; SOWADA, NStZ 2012, 6 ss.; PAEFFGEN, NK, 4.^a 2013, 5.^a 2017, antes de § 32/168a; GAEDE, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht, 2014, 38 ss.; SALIGER, FS-Beulke, 2015, 264 ss.; FRISTER, AT, 9.^a 2020, 15/34; ROXIN/GRECO, AT I, 5.^a, 2020, § 13/125. Comparte esta crítica sólo parcialmente, dependiendo del concepto de autonomía del paciente vulnerada que se defienda dentro del determinismo o del libre albedrío) DÍAS LESTON, FS-Sancinetti, 2020, 254 ss.; ADPCP 2022, 729 ss., 743 ss.

²⁶ En palabras de SALIGER, FS-Beulke, 2015, 265.

dico²⁷ y por tanto al derecho de información del paciente para poder tomar una decisión de autorización sólo con un consentimiento bien informado. 5) Conceder eficacia eximente a ese consentimiento hipotético dejaría también en gran medida sin aplicación al consentimiento presunto y sus requisitos, especialmente el de la subsidiariedad, porque ya no importaría el presupuesto de que no se pueda preguntar al afectado y éste no pueda manifestarse, sino que bastaría con la probabilidad de que el afectado, que sí podía pero no consintió o no válidamente por no solicitárselo debidamente, hubiera consentido si se le hubiera informado y pedido²⁸. 6) Para aceptar el consentimiento hipotético como eximente se pide una prueba apenas practicable, porque es prácticamente imposible saber, incluso para el propio afectado, y pronosticar qué decidiría en la hipótesis no sucedida de que se le hubiera pedido su consentimiento y dado la suficiente información²⁹, y como apunta alguna voz, esa imposibilidad se debe a que no estamos ante cursos causales naturales de estados de cosas, regidos por las leyes de la causalidad natural, sino ante el pronóstico de qué decidiría un ser humano libre si se le hubiera pedido su consentimiento y dado la suficiente información³⁰.

b) POSICIÓN PROPIA SOBRE LAS RAZONES FUNDAMENTALES PARA EL RECHAZO

1) A mi juicio, además de por tales razones, el **motivo fundamental (y realmente el primero) del rechazo**³¹ debe ser éste: la aceptación como nueva eximente de un hipotético consentimiento que posiblemente o seguro habría prestado el afectado, que sin embargo no lo ha prestado o no lo ha prestado con la debida información, parte de una base totalmente errónea: la de que se puede aplicar en este campo la construcción de la no imputación obje-

²⁷ En este sentido ROXIN/GRECO, AT I, 5.ª, 2020, § 13/125; HEINRICH, AT, 7.ª 2022, nm. 478c.

²⁸ Objeción en MITSCH, JZ 2005, 282; DUTTGE, FS-Schroeder, 2006, 184, n. 49; WIESNER, Die hypothetische Einwilligung, 2010, 100; ALBRECHT, Die hypothetische Einwilligung, 2010, 346 ss.; JANSEN, ZJS 2011, 486; RENZIKOWSKI, FS-Fischer, 2010, 370; SWOBODA, ZIS 2013, 26; ROXIN/GRECO, AT I, 5.ª, 2020, § 13/132. Lo reconoce el defensor del consent. hipotético KUHLEN, FS-Roxin, 2001 347; JR 2004, 227, 229 s.

²⁹ Así PUPPE, InDret 2007-1, 6 s.; ZIS 2016, 367; ELDP 5 2017, 175 s.; SCHLACK, RDUCN 19-2 2012, 285 ss.; InDret 2015-4, ExLibris 8; ROXIN/GRECO, AT I, 5.ª, 2020, § 13/125.

³⁰ Todo esto lo subraya PUPPE, InDret 2007-1, 7, añadiendo que a esa imposibilidad no se le puede aplicar el *in dubio pro reo*; similar en ZIS 2016, 367; ELDP 5 2017, 175 s. Siguiéndola SCHLACK, RDUCN 19-2 2012, 284 ss.; InDret 2015-4, ExLibris 8.

³¹ Y sin embargo, en la doc. mayor. contraria a la figura del consentimiento hipotético no se maneja, por lo que alcanzo a ver, esta argumentación en los puntos clave que expongo a continuación: sí que hay autores (cits. *supra* en las n. 21-23) que niegan la aplicabilidad del argumento de la falta de imputación objetiva por hipotética conducta alternativa lícita al consentimiento hipotético, pero por las razones expuestas *supra* II.2 a2), y no por las razones que seguidamente desarrollo en el texto.

tiva del resultado a la conducta peligrosa incorrecta en los cursos causales hipotéticos con hipotética conducta alternativa lícita, *por ver un paralelismo total con ella*. En efecto, el BGH³² afirma, con el seguimiento de parte de la doc. como hemos visto, respecto de intervenciones quirúrgicas ciertamente consentidas pero con un consentimiento no suficientemente informado que «desde el punto de vista de la idea del fin de protección queda excluida la punibilidad de un médico por insuficiente información al paciente si como consecuencia de una intervención efectuada con consentimiento del paciente *se realiza un riesgo que no cae en el ámbito de protección* del deber de información vulnerado» (cursiva añadida). Sin embargo, **tal paralelismo con la posible falta de imputación objetiva del resultado en los cursos causales hipotéticos** ante una eventual conducta alternativa lícita **es totalmente improcedente por inexistente**. En efecto, en los cursos causales hipotéticos con hipotética conducta alternativa lícita hay una conducta peligrosa que, al infringir de modo imprudente o doloso (eventual normalmente) una norma sobre la forma de realizarla, por definición implica un riesgo o peligro –no seguridad– de lesión mayor que si la conducta observara la norma y para ver si hay o no imputación objetiva del resultado a la conducta peligrosa se examina si en el resultado se ha realizado o no ese concreto riesgo superior cuando se detecta la posibilidad, probabilidad o casi seguridad que el mismo resultado se hubiera producido aun sin infringir esa norma, por tanto con una hipotética conducta lícita. Pero en estos casos de consentimiento hipotético es **erróneo y absurdo plantear que la infracción del deber** (médico) **de información** suficiente para el consentimiento **o incluso** la infracción ya de plano del deber **de pedir el consentimiento** al paciente **suponga un riesgo o peligro**, pero sin seguridad, **de que se produzca un eventual desvalor del resultado** (en una intervención quirúrgica, de un resultado no atípico o no justificado de lesión de su integridad física unida al peligro de cualquier operación). Porque aquí el núcleo de la cuestión no es un curso causal por definición inseguro con distancia temporal entre la acción peligrosa infringiendo una norma y un posterior eventual resultado lesivo, sino que **la infracción de la norma que exige contar con el consentimiento y suficientemente informado** del afectado en una intervención médica supone **simultáneamente y con seguridad eo ipso en el mismo momento de la intervención** no consentida o con un consentimiento viciado e inválido **la producción de un resultado desvalorado**: la exclusión de la eximente (sea por exclusión de la tipicidad o de la antijuridicidad) que requiere la prestación

³² Así sent. BGH 29.6.1995, NStZ 1996, 35.

de un consentimiento eficaz por el paciente afectado que estaba presente y en condiciones de otorgarlo o denegarlo.

2) El ***desvalor del resultado*** de una intervención quirúrgica que pese a su potencialidad curativa futura actualmente supone una merma mediana o importante de la integridad física unida a los riesgos mayores o menores incluso para la vida de toda intervención quirúrgica, cuando no consiente o no con suficiente información el afectado por ella con capacidad para decidir asumirla o rechazarla, ***ya se ha producido en el momento mismo de tal intervención no consentida debidamente***³³, y además el autor en estos casos normalmente sabe que falta tal consentimiento, o incluso engaña al paciente sobre lo que va a hacer, con lo que actúa dolosamente³⁴. Y ese ***resultado lesivo desvalorado, antijurídico ya producido*** seguro con la propia intervención no eficazmente consentida ***no se va a excluir ni desaparecer porque con posterioridad, ex post se pregunte al afectado*** dándole toda la información que no tuvo si, en caso de habersele dado la información y pedido su consentimiento antes de la intervención habría consentido ***y el afectado responda tras pensarlo que es posible, probable o seguro que hubiera consentido***; ni siquiera la respuesta posterior de seguridad podría eliminar el resultado desvalorado e ilícito de la intervención que realmente no fue consentida o no debidamente, porque, como hemos visto, ***ello equivaldría a una ratificación o consentimiento posterior, es decir a un perdón del afectado, que a diferencia del terreno de la responsabilidad civil en el campo penal es irrelevante*** en la inmensa mayoría de los delitos³⁵ (v. *supra* II.2 a3); y con mayor razón no eliminaría ese resultado desvalorado la respuesta de simple posibilidad o probabilidad de haber consentido en tal hipótesis.

Por consiguiente, no se puede argumentar, como hace la extrapolación del criterio de la imputación objetiva a este ámbito, que hay que examinar si el riesgo de la infracción de la norma, y de su deber de contar con el consentimiento debidamente informado en la intervención, se ha realizado o no en un resultado lesivo desvalorado por la falta de consentimiento –lo que significa que un riesgo incierto y futuro más adelante, es decir con el curso de los acontecimientos se puede realizar o no– y que encajaría con el fin de evitación de la norma y su consiguiente deber. Cuando se afirma como el BGH que puede

³³ Salvo en los casos de estado de necesidad o consentimiento presunto por incapacidad del afectado para pronunciarse.

³⁴ A no ser que por error creyera contar con consentimiento suficientemente informado, lo que supondrá actuación imprudente, salvo en algún raro supuesto de error objetivamente invencible en la presencia del consentimiento, que supondría un caso fortuito.

³⁵ Cfr. LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.ª 2016, 22/115.

haber casos en que en una intervención efectuada con consentimiento pero no suficientemente informado del paciente «se realiza un riesgo que no cae en el ámbito de protección del deber de información vulnerado», se está **entendiendo incorrectamente la finalidad (y ámbito) del deber** que impone **la norma de contar con consentimiento y suficientemente informado** para la intervención *como si significara* que esa norma y su deber tienen *la finalidad de evitar el riesgo de que*, al no obtener el consentimiento suficientemente informado de un sujeto, *sea un paciente que* por sus características y las del caso *sea previsible o probable que* (preguntado después, declare que) *no habría consentido* si se le hubiera pedido a tiempo el consentimiento o se le hubiera dado la suficiente información sobre el alcance y riesgos. Y por tanto, se está **concibiendo equivocada e inadmisiblemente el fin de protección y evitación como si** el deber impuesto por la norma de pedir un consentimiento suficientemente informado **no pretendiera evitar el riesgo** cuando se trate de **pacientes e intervenciones en que por sus características sea probable o posible que el afectado habría dado el consentimiento que no dio si se le hubiera solicitado** con toda la información necesaria; y se está entendiendo aquí que el riesgo preocupante para la norma sería el de que el paciente, preguntado después, declare que seguro o probablemente no habría consentido. Ya hemos visto que eso no es así en absoluto, sino que el fin de evitación del deber de solicitar un previo consentimiento suficientemente informado es el de impedir en todo caso, sin distinción de características del sujeto etc., que se produzca seguro con la propia operación no consentida o con un consentimiento viciado por falta de suficiente información el resultado ilícito, jurídicamente desvalorado, de que algo tan relevante o incluso grave como una merma o incluso pérdida parcial de la integridad corporal unida a un riesgo ulterior para la integridad o vida, por mucho que tenga potencialidad curativa final, se le haya practicado sin que haya sido asumido por la libertad de decisión del paciente al respecto.

3) Por ello, *menos aún* puede eliminar ese desvalor del resultado y su correlativo desvalor de acción doloso o imprudente **la creencia *ex ante*** más o menos fundada del médico al actuar sin el debido consentimiento *de que lo hace con un paciente que posible o probablemente o incluso seguro también consentiría* en la intervención si se le hubiera solicitado debidamente informándole de todo lo negativo, declare lo que declare posteriormente el paciente consultado; esta creencia fundada a lo sumo excluiría el desvalor de la acción (lo que ciertamente sería suficiente para excluir la antijuridicidad o según los casos la antijuridicidad penal típica). Ahora bien, sucede que esa **exclusión del desvalor de la acción** suficiente para la exención **sólo se puede admitir en el consentimiento presunto**, y ello únicamente porque –ciñéndonos ahora a los casos

más normales de causa justificante—, estando **ausente o en situación de inconsciencia o incapacidad el afectado y no pudiendo por tanto éste consentir o rechazar** (el requisito esencial de la subsidiariedad en el consentimiento presunto), el ordenamiento considera adecuado, o en una situación de necesidad o aun sin ella en una situación es que es plenamente normal colegir por su comportamiento anterior, etc., que el afectado permitiría la intromisión en su bien jurídico, autorizar el riesgo permitido de actuar con una presunción jurídica de consentimiento por la creencia objetiva y racionalmente fundada *ex ante* de que el sujeto pasivo incapacitado para manifestarse consentiría si pudiera hacerlo³⁶; y ese riesgo permitido excluyente de todo desvalor jurídico de la acción se concede precisamente porque se quiere dar el mayor valor a la eventual voluntad de disposición del afectado si hubiera sido posible cuando no pudo manifestarla, pero nunca cuando el afectado sí podía manifestarse válidamente, es decir, *nunca prescindiendo del real rechazo o consentimiento suficientemente informado del* (paciente) afectado cuando sí podía expresarlo y no se contó con ello, es decir, realmente *de modo opuesto a –no permitiendo– la posibilidad de decidir del afectado*, que es lo que ocurre en el «consentimiento hipotético», donde en la mayoría de los casos el médico obra sabiendo que no cuenta con el debido consentimiento, ocultando datos relevantes, incluso engañando al paciente (como en los citados casos del prolapso del disco intervertebral y el de la punta de broca quebrada: v. *supra* I.4), y en todo caso despreciando la ausencia de consentimiento suficientemente informado de éste.

4) Una vez fundamentados detenidamente estos motivos esenciales para rechazar la figura del consentimiento hipotético y su pretendida eficacia exigente, ello repercute también en una mejor base o fundamentación para la mayoría de las razones del rechazo aducidas por la doc. mayor, cobrando por tanto a mi juicio mayor fuerza por su fundamentación más completa las objeciones de que ese consentimiento no puede eliminar la antijuridicidad o ilicitud de la conducta, ni del resultado, de que no puede haber paralelismo con la no imputación objetiva en los casos de hipotética conducta alternativa conforme a Derecho, de que el consentimiento hipotético operará como una declaración de conformidad o ratificación del afectado tras el hecho no consentido y sería por ello solamente un perdón ineficaz en Derecho penal, distinto del Derecho civil, y de que es una figura en gran medida hostil y que desprecia la autonomía y autodeterminación del afectado y su derecho a una suficiente in-

³⁶ Sobre la ponderación de los intereses en tal caso v. LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.ª 2016, 22/122. Sobre los casos de consentimiento presunto cuya justificación descansa sobre la idea de riesgo permitido cfr. DE VICENTE REMESAL, en Borja Pozo/García Amado (coords.), Responsabilidad jurídica médica, 2022, 377, 398 s.

formación para decidir y correlativo deber de información (médica). La objeción de que tal figura deja en gran medida sin aplicación al consentimiento presunto, por su parte, complementa la crítica aquí efectuada a que se prescindiera de la imposibilidad de manifestarse del afectado, o sea de la subsidiariedad. En cambio, el argumento de que, dado que no estamos ante cursos causales naturales de estados de cosas, regidos por las leyes de la causalidad natural, sino ante el pronóstico de qué decidiría un ser humano libre si se le hubiera pedido su consentimiento y dado la suficiente información, es prácticamente imposible saber, incluso para el propio afectado, y pronosticar qué decidiría, aunque ciertamente sirve para destacar la diferencia y no paralelismo con los cursos causales hipotéticos, no es decisivo para rechazar la eficacia eximente del consentimiento hipotético: pues aunque haya casos en que sí se pueda efectuar un juicio de probabilidad razonable de lo que habría hipotéticamente decidido el afectado³⁷ (igual que en otros supuestos de comportamiento humano objetivamente previsible dadas las circunstancias, lo que por cierto indica que será muy difícil, pero no imposible), ello es irrelevante, como hemos visto, ya que lo que cuenta es que incluso un probable consentimiento hipotético no puede eliminar el resultado desvalorado e ilícito que supuso la intervención sin obtener un consentimiento suficientemente informado del afectado que estaba en perfectas condiciones de prestarlo o denegarlo.

c) LA RESTRICCIÓN DE LAS INFRACCIONES DEL DEBER DE INFORMACIÓN SOLAMENTE A LAS BASTANTE RELEVANTES PARA EXCLUIR LA EXENCIÓN PENAL POR NO SER UN CONSENTIMIENTO SUFICIENTEMENTE INFORMADO, EN LUGAR DE LA CONSTRUCCIÓN DEL CONSENTIMIENTO HIPOTÉTICO

Hay que advertir de que la vía correcta de tratamiento de los supuestos de obtención de un consentimiento del paciente no plenamente válido jurídicamente por una infracción ciertamente, pero no grave, del deber médico de información no puede ser acudir entonces para eximir de responsabilidad penal al recurso del consentimiento hipotético.

En efecto, se puede sentir la propensión a considerar lógico recurrir al consentimiento hipotético para excluir la responsabilidad penal del médico en casos de infracciones u omisiones leves, no muy relevantes, de toda la debida

³⁷ Tb. DE VICENTE REMESAL, en Borja Pozo/García Amado (coords.), Responsabilidad jurídica médica, 2022, 387, destaca que la conclusión que extraiga el médico sobre el consentimiento presunto del paciente no ha de regirse por las reglas o criterios generalizables sobre lo médicamente correcto o razonable en esa situación, sino por la voluntad presunta del paciente, que también puede ser no razonable objetivamente.

información médica al afectado o su representante, como ocurre en los ejemplos citados *supra* I.4 del trasplante de células hepáticas, donde se informó debidamente al paciente de los riesgos, pero no suficientemente de las ventajas de ese método frente al trasplante hepático, o el del caso de operación de cataratas, donde el único fallo consiste en no informar al paciente de los riesgos no graves de esa intervención. Y se puede sentir esa inclinación porque, como el fallo de información ha sido tan poco trascendente, nada grave, y en la operación de cataratas además no había otra alternativa para recuperar la visión, es prácticamente seguro que el paciente también habría consentido si se le hubiera dado toda la información omitida³⁸. Lo que ha ocurrido, sobre todo en la discusión alemana, es que la jurisprudencia y la doctrina civil había ido aumentando paulatina y a veces exageradamente, sobre todo si ello se pasa al campo penal, las exigencias para considerar plenamente cumplido el deber de una información médica completa y por ello para un consentimiento plenamente informado y válido del paciente, y por eso se recurrió por muchos al consentimiento hipotético como vía de compensación, pero, como se ha dicho certeramente, no es adecuado querer corregir un primer fallo con un segundo fallo o equivocación³⁹. Pues ya hemos visto detenidamente que y por qué el consentimiento hipotético no puede operar como exclusión de la imputación objetiva del resultado o como eximente de responsabilidad penal, de modo que ese no puede ser el camino correcto. Frente a esa vía errónea son muchas las voces que defienden con razón que la solución correcta es en el ámbito jurídico-penal la restricción, de modo autónomo y no estrictamente accesorio del jurídico-civil⁴⁰, de qué es una infracción del deber de información tan grave que jurídicamente impida que el consentimiento prestado sea eficaz como eximente (excluyente de la tipicidad penal) en vez de querer solucionarlo con el consentimiento hipotético⁴¹.

³⁸ Así formula inicialmente ROXIN, AT I, 4.ª, 2006, § 13/120; ROXIN/GRECO, AT I, 5.ª, 2020, § 13/120/121 en el caso de las cataratas planteado por él que puede parecer lógico acudir en ese caso al consentimiento hipotético y negar la imputación al fallo en la información, pese a que en la 4.ª ed. él defendía otra solución (la de su criterio del incremento del riesgo) y a que ya en medstra 2017, 129 ss. y en la 5.ª ed., § 13/125 ss. rechaza frontalmente el consentimiento hipotético.

³⁹ Así ROXIN/GRECO, AT I, 5.ª, 2020, § 13/128, tras destacar el origen del problema en las excesivas crecientes exigencias de la jurisprudencia civilista sobre el deber de información, generando como vía de compensación el recurso al consentimiento hipotético.

⁴⁰ Destacándolo, SICKOR, JA 2008, 11 ss.; JR 2008, 179 ss., 182; EDLBAUER, Hypothetische Einwilligung, 2009, 471 ss.; ALBRECHT, Die «hypothetische Einwilligung», 2010, 507 ss.; SOWADA, NStZ 2012, 10; GAEDE, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht, 2014, 51 ss., passim; SALIGER, FS-Beulke, 2015, 257 ss., 269 ss.; STERNBERG-LIEBEN, FS-Beulke, 2015, 299 ss., 306 ss.; MedR 2019, 185 ss., 190 s.; GRECO, GA 2019, 684 ss., 699; ROXIN/GRECO, AT I, 5.ª, 2020, § 13/128.

⁴¹ En este sentido STERNBERG-LIEBEN, StV 2008, 193; FS-Beulke, 2015, 299 ss.; MedR 2019, 190 s.; EISELE, FS-Strätz, 2009, 181 s.; RENZIKOWSKI, FS-Fischer, 2010, 365 ss., 377 s.; WIESNER, Die hy-

Lo correcto en el campo de la responsabilidad penal es efectivamente **interpretar con carácter general en el consentimiento real restrictivamente las infracciones del deber de información capaces de excluir la eficacia como eximente penal** del consentimiento no plenamente informado, considerando que *ello no sucede si solamente ha habido una omisión o infracción leve del deber de información*⁴². Como ya he expuesto en general para el consentimiento informado⁴³, igual que parece lo correcto para otros posibles vicios de consentimiento, a mi juicio **no todo vicio o defecto, por pequeño que sea, de la debida información médica va a excluir la exención penal**, sino que hay que distinguir: a) *Para* un consentimiento plenamente válido también jurídico-civilmente que sea *causa de justificación* (o incluso haya adecuación social y jurídica como causa *de atipicidad de entrada* por exclusión evidente de todo indicio de ilicitud) el consentimiento *sí ha de ser plenamente informado* según la capacidad del paciente. b) Ahora bien, un *consentimiento no plenamente informado por alguna deficiencia o carencia no grave de toda la debida información*, p. ej. por no explicarle que una concreta operación muy conveniente y poco peligrosa pese a todo tiene un porcentaje de riesgo bajo por la anestesia o posibles complicaciones, pero que, pese a esa infracción del deber de información –que ya supone antijuridicidad y excluye por tanto la justificación y la atipicidad de entrada cuando no hay indicio de ilicitud–, *sí es un consentimiento lo suficientemente informado* para que el paciente *comprenda lo esencial* del alcance y repercusiones de esa indicada intervención médica o quirúrgica con merma inicial o perdurable de su integridad y por ello *el hecho*

pothetische Einwilligung, 2010, 142 ss.; SWOBODA, ZIS 2013, 31 s.; KRÜGER, FS-Beulke, 2015, 137 ss., 146; medstra 2017, 18; ROXIN, medstra 2017, 119 ss.; GRECO, GA 2019, 699; ROXIN/GRECO, AT I, 5.^a, 2020, § 13/128-128 b; y los demás cits. en n. anterior: SICKOR, EDLBAUER, ALBRECHT, SOWADA, GAEDE, SALIGER. Algunos reflejan esta posición ya en el título de su trabajo, como GAEDE, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht statt hypothetischer Einwilligung (Derecho penal médico limitadamente accesorio en vez de consentimiento hipotético), SALIGER, Alternativen zur hypothetischen Einwilligung im Strafrecht (Alternativas al consentimiento hipotético en el DP), o en dos de los trabajos de STERNBERG-LIEBEN,... Reduktion der Aufklärungslast anstelle hypothetischer Einwilligung (Reducción de la carga de la información en lugar de consentimiento hipotético), y Beschränkung der strafrechtlichen Haftung auf eine schwerwiegende Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht (Restricción de la responsabilidad penal a una vulneración grave y de peso del deber médico de información). Sobre los criterios concretos de varios de ellos cfr. la exposición de ROXIN/GRECO, AT I, 5.^a, 2020, § 13/128a, donde en nm. 128 b sostiene el criterio, propuesto ya por ROXIN, medstra 2017, 135 ss., y GRECO, GA 2019, 697, del «conflicto de decisión» del paciente con razones a favor y en contra para rechazar una operación como situación en que no habrá eximente.

⁴² Efectivamente, a diferencia de las operaciones efectuadas totalmente sin consentimiento del afectado, donde no cabe distinción posible, en los casos de consentimiento pero con defectos de la debida información sí cabe distinguir según que los fallos o vicios de información sean graves o claramente leves. Sobre la diferenciación entre intervención sin consentimiento e intervención con vicios de información, DE VICENTE REMESAL, en Borja/García Amado (coords.), Responsabilidad jurídica médica, 2022, 381-384.

⁴³ Cfr. LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 4.^a 2023, 22/100.

no puede tener gravedad suficiente para constituir un ilícito penal típico (un delito de lesiones): estará amparado por un consentimiento como ***causa de exclusión (sólo) de la tipicidad penal (o del ilícito penal)***, aunque por esa infracción no grave del deber de información la intervención médica ciertamente será extrapenalmente ilícita, generando como *posible ilícito civil* deber de indemnización de perjuicios y sobre todo, lo que es más importante, un *ilícito disciplinario médico* que puede sancionarse en ese ámbito por incumplimiento aunque no grave de la normativa legal y de la *lex artis* médica sobre el deber de contar con un consentimiento plenamente informado. Así pues, serán solamente las faltas o carencias o deficiencias de información médica completas, esenciales o al menos graves sobre el alcance, repercusiones y riesgos de la intervención las que excluirán la eficacia penalmente eximente del consentimiento. Por consiguiente, con esta interpretación restrictiva de los fallos de información que impiden un consentimiento suficientemente informado como eximente excluyente de la tipicidad penal, en los supuestos de infracciones leves del deber de información como en los citados casos del trasplante de células hepáticas sin información suficiente de las ventajas del método o de la operación de cataratas sin informar de sus riesgos no graves no hace ninguna falta acudir a la errónea figura del consentimiento hipotético para llegar al resultado satisfactorio de admitir pese a esos fallos no graves un consentimiento suficientemente informado eficaz como tal eximente penal.

CAPÍTULO XXVII

DE NUEVO SOBRE EL CONCEPTO DE OMISIÓN EN DERECHO PENAL

MIGUEL ÁNGEL NÚÑEZ PAZ

Catedrático de Derecho penal. Universidad de Huelva¹

*Sirvan estas líneas como sentido homenaje a la muy relevante
tarea del Profesor Javier de Vicente Remesal, al que me ha unido
un especial afecto desde hace ya muy largo tiempo.*

Planteándonos de nuevo² los orígenes de la problemática relativa al artículo 10 del Código penal español (en adelante, CP), se deduce de la redacción del mismo que –no sólo la acción– sino la omisión, originarían la tipificación de un delito penado por la ley³.

La doctrina dominante ha venido considerando que las omisiones penadas por la ley, sin que sea necesario que se produzca un resultado, dan lugar a los denominados delitos de omisión propia que se caracterizan porque la tipi-

¹ Dr. h. c. mult.

² Vid. más extensamente sobre el problema, NÚÑEZ PAZ, M. A., *Los delitos de omisión*, Tirant lo Blanch, Valencia 2016.

³ El CP establece en su artículo 10 que son delitos *las acciones y omisiones* dolosas o imprudentes penadas por la ley. De aquí se deduce que no solamente la acción sino también la omisión dará lugar a la existencia de un delito si ésta se halla penada por la ley, lo que hace que entonces los tipos de acción supongan la realización de una determinada conducta, mientras los de omisión entrañarán su no realización. Si bien para algún sector doctrinal, puede tener lugar la omisión también cuando se realiza una conducta distinta de la requerida por la Ley (Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, 7.^a ed., Barcelona 2004, pp. 308-309, también en la 9.^a ed., 2011), por lo que no sería necesaria la simple pasividad física. Por consiguiente, quien encuentra a una persona en situación de peligro para su vida realizaría el tipo de omisión de socorro del art. 195 CP si abandona el lugar del peligro.

cidad se produce con la no realización de la acción ordenada por la norma y que consiste fundamentalmente en la amenaza de un peligro para un bien jurídico, v.g. artículo 195.1 del Código penal: «El que no socorriere a una persona que se hallara desamparada y en peligro manifiesto y grave...», o el artículo 450 que se refiere al que, sin riesgo propio o ajeno, no impida la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida, integridad, salud o libertad sexual. Si bien el tipo tiene por finalidad la protección de la vida y de la integridad y salud de las personas, el que estos resultados se produzcan no es elemento del tipo, de modo que éste se cumple con la simple omisión de socorro, aunque no se realicen los resultados señalados. Por consiguiente, si estos se producen, el que omite el socorro no será responsable de los mismos. Ahora bien, el problema se plantea cuando en los delitos de omisión no regulados por la ley penal la no evitación de un resultado típico pueda y deba equipararse a su producción mediante un hacer positivo⁴. Así, si un padre da muerte a su hijo realiza una acción prohibida por el artículo 138 o 139 (si se trata de un niño – alevosía) del Código penal, sin perjuicio de la aplicación en su caso (menor de dieciséis años) del reformado artículo 140.1 (prisión permanente revisable) y de la agravante de parentesco del artículo 23 del Código, ya que ha dado muerte a otro. Pero el padre puede matar también a su hijo dejándolo subir a la barandilla del balcón como consecuencia de lo cual éste cae al vacío, en cuanto que omite la acción del salvamento. Así pues, en este caso la acción y la omisión son distintas alternativas de conductas contrarias a la norma y punibles. Pero si en ambos supuestos se tratare de personas sin relación alguna entre sí (A y B), sólo en el primer caso A resultaría punible, no en el segundo, al faltar un deber especial de salvamento; con lo que correspondería traer a colación la debatida cuestión del garante⁵.

También en el delito de omisión existen dos partes: una parte objetiva y otra subjetiva, el tipo objetivo está constituido por la omisión de una determinada acción que el sujeto podría haber realizado, y su estructura vendría establecida por la no realización de una acción típica cuando existía capacidad del

⁴ Vid. JESCHEK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrecht*, A. T., 5.^a Aufl., Dunker-Humboldt, Berlin, 1996, p. 600.

⁵ Vid. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho Penal II*, Parte General, Astrea, Buenos Aires, 1995, pp. 212 a 213, quienes precisan que en el conocido supuesto del RG (63, 211) de la entrega de pieles de cabra no desinfectadas por el comerciante a sus trabajadores, como consecuencia de la cual algunos fallecen por carbunco, el propio fabricante parece haber dado muerte a los éstos tanto por comisión (entrega) como por omisión (de la desinfección). Por la primera alternativa se posiciona ROXIN, *Pflichtwichtigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, ZStW, 1974, p. 414. Por la segunda, BLEI, *Strafrecht*, I, A. T. 18.^a ed., 1983, p. 311.

sujeto para realizar dicha acción⁶. Por consiguiente, la capacidad concreta de acción es el elemento constitutivo de la omisión⁷.

Así pues, el tipo de la omisión consiste en la no realización de una acción que el sujeto era capaz de realizar; pero no es posible hablar de relación causal pues el sujeto no causó el resultado, sino que, simplemente, no lo evitó⁸.

En relación a la capacidad de realización de la conducta, coincido con el sector doctrinal que, al igual que en la imprudencia, parte del criterio del hombre mentalmente normal situado en la posición del autor y teniendo en cuenta las facultades especiales que puedan concurrir en el mismo⁹.

No me parece, sin embargo, que el tipo de omisión consista en la realización de una acción diferente de la debida como afirmaba Mir, al menos respecto del desvalor de la conducta; tampoco me parece que la omisión de socorro del artículo 195 CP se produzca también con el abandono del lugar del peligro¹⁰, sino por la simple no realización de la acción que el sujeto debía realizar, se marchase o no¹¹.

La distinción entre comisión y omisión ha sido situada por la doctrina bien en el ámbito de las estructuras ontológicas o bien en el de la valoración jurídica¹².

Liszt definió la comisión como movimiento corporal voluntario y la omisión como no ejecución voluntaria de un movimiento corporal¹³ y Engisch

⁶ Vid. MIR PUIG, Derecho penal, 4.ª Ed, Tirant lo Blanch, Barcelona, 1996, pp. 302 y 303

⁷ Vid. CEREZO MIR, Curso de Derecho Penal Español II, Parte General, Tecnos, 2001, p. 253, quien considera que basta con que el sujeto pudiera llevar a cabo este acto de voluntad.

⁸ Vid. CEREZO, Ob. cit. p. cit. La imposibilidad de afirmar una causalidad eficiente en la omisión en sí y la necesidad de considerar ciertas omisiones como causaciones del resultado llevó a la doctrina a tratar de buscar la causalidad natural en el entorno de la omisión, Cfr. SILVA SÁNCHEZ, El delito de omisión. Concepto y sistema, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 7 ss. Quien considera que los intentos resultaron vanos. Las omisiones no son ya «causaciones», sino equiparables a las causaciones y, dado que el concepto de acción ha sido considerado esencial en el sistema, la doctrina ha tratado de hallar en la omisión los elementos que según los diversos puntos de vista se han atribuido a la acción, cfr. SILVA SÁNCHEZ, Ob. Ult. Cit., p.9.; Idem. HUERTA TOCILDO, Concepto ontológico y concepto normativo en la omisión, CPC, 1982, p. 231 ss. Rechaza el papel fundamental del concepto de acción y lo sustituye por la realización típica, situando la omisión en el mismo plano, SCHMIDHAUSER, Zur Systematik..., cit., Göttingen, 1968, pp.268 ss.

⁹ Vid. MIR, Derecho Penal, cit., 4.º ed., pp. 305 y 306.

¹⁰ Vid. MIR, ob. ult. cit., p. 296.

¹¹ Vid. CEREZO, Curso, cit. p. 255, nota 19.

¹² ENGISCH, Tun und Unterlassen, Gallas Fests., 1973, p. 169.

¹³ Vid. Von LISZT, Lehrbuch des deutsche Strafrecht, 21 Ed., Berlin – Leipzig, 1919, § 29, i y 30 i, 1. Pero desde un punto de vista naturalístico se entiende la voluntad como acto psíquico que pone en movimiento los nervios motores, idem, Ob. Cit, 1 Ed. Berlin, 1881, pp. 64 y 71. En sus últimas ediciones Liszt abandona las perspectivas naturalísticas y concibe la omisión como la no realización de la acción esperada, Vid. Idem, ob cit, 22 Ed., pp. 26 y 27. Vid. Además RADBRUCH, Der handlungs Begriff ..., cit., Berlin, 1905, reimp. 1967, p. 75.

Como señala SILVA SÁNCHEZ, El delito de omisión, cit., p.6, se contempla desde un punto de vista naturalístico en su aspecto físico externo. Con la nada, el no ser y, con la nada, nada surge (*ex nihilo nihil fit*).

consideró la comisión como la utilización de energía en un determinado sentido y la omisión como su no utilización ¹⁴.

Una definición como la de Liszt pretende comprender la omisión como forma de comportamiento frente a la acción y la búsqueda de ese supraconcepto se ha convertido durante decenios en uno de los lugares comunes de la ciencia alemana ¹⁵.

De acuerdo con la doctrina dominante la delimitación entre la comisión y omisión no sería un problema de hechos sino de valoración ¹⁶.

Tal exclusión de las posibilidades de delimitación resulta poco satisfactoria pues al valorar los hechos prejurídicos como omisión, habría que determinar la «conducta voluntaria» a valorar como dañosa para el bien jurídico ¹⁷.

El concepto genérico del comportamiento es defendido por Gimbernat quien entiende que abarcaría tanto comportamientos activos como pasivos ¹⁸. Tal punto de vista se opone a la famosa tesis de Radbruch, para quien la omisión no sólo no tiene en común con la acción los elementos de voluntad, hecho y causalidad, sino que se agota en su negación. Por tanto, según Radbruch es imposible subordinar bajo un supraconcepto común un concepto y su opuesto contradictorio, afirmación y negación (A y no-A), por lo que acción y omisión deben permanecer desvinculadas ¹⁹. El autor consideraba que la naturaleza de

¹⁴ ENGISCH, *Tun und Unterlassen*, Gallas Fests., 1973, p. 170, si bien se apoya aquí en un punto de vista normativo. En el mismo sentido, Armin KAUFMANN, *Unterlassung und Vorsatz*, Fest. für Von Weber, 1963, p. 219, nota 29; RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zum StGB*, 4.ª ed., 1983, Vor.§ 13. Para Armin KAUFMANN, la omisión no sería un concepto negativo, sino limitativo, consistiría en la no realización de una acción finalista que el sujeto podría realizar en la situación concreta en la que hallaba (KAUFMANN, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassung delikte*, Gottingen, 1959, pp. 25 ss); también en análogo sentido, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11 Aul., Berlin, 1969, pp. 200 y 202. Véase en nuestro derecho, CEREZO MIR, *Curso Derecho Penal Español, Parte General III/2*, Tecnos, Madrid, 2001. pp. 251 y 255.

¹⁵ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Ob. Cit.*, p.9; Confr. Además, SERRANO PIEDECASAS, *Crítica formal del concepto de omisión*, en ADPCP, 1993, pp. 1006-1007, quien entiende la omisión desde un punto de vista formal y material como un concepto normativo y estima además que la formación de un supraconcepto que englobe tanto la acción como la omisión, sólo puede realizarse en el plano ontológico del ser. El elemento común lo constituiría el comportamiento.

¹⁶ BLEI, *ob. cit.*, p. 310 (Véase BGH, 6, 46, 59) Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *ob. cit.*, p. 5 y 6; Para STRATENWERTH, *Strafrecht, A. T.*, 4.ª Aufl., Colonia, 2000, pp. 369 ss. debe trasladarse el problema de la delimitación al ámbito de la imputación objetiva.

Vid. MIR PUIG, *Derecho penal*, cit. 5.ª ed, pp. 296 y 297; Vid. también, BUSTOS/HORMAZÁBAL, *Leciones de Derecho Penal II*, editorial Trotta, Madrid, 1999,...., si bien estiman – siguiendo a Welzel – que la omisión es un concepto de referencia por lo cual en la estructura típica de la omisión existe siempre una norma de mandato que obliga a una determinada acción que no es realizada por el sujeto. La norma ordena socorrer en el artículo 195 Código penal o impedir o perseguir determinados delitos en el artículo 407Cp.

¹⁷ MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal*, cit, pp. 214 y 215.

¹⁸ GIMBERNAT, *Sobre los conceptos de omisión y comportamiento*, ADPCP, 1987, pp. 539 ss. Para el autor (p. 525, nota 49) el comportamiento pasivo es punible porque no se ejecutó el movimiento corporal mandado.

¹⁹ RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik*, Berlin, 1904 (Reimpr. de 1967, Darmstadt),

ambas categorías quedaría dividida en dos partes; sin embargo, desde una perspectiva ontológica Armin Kaufmann sostenía la viabilidad de un supra-concepto²⁰.

Sin duda, en la acción existe un movimiento corporal y el resultado que causa aquel, lo cual no concurre en la omisión que se caracteriza por la no realización de un movimiento corporal que no puede estar en relación causal con ningún resultado del mundo exterior, lo cual no caracteriza a la acción²¹. Así pues, si la voluntariedad no concurre en todas las modalidades de acción, es irrelevante que concorra o no en una particular forma de omisión (la inconscientemente imprudente)²².

Contra la imposibilidad de un superior concepto de comportamiento al estimar la naturaleza ontológica de la acción y normativa de la omisión se manifiesta la teoría social de la acción en sus formas más recientes²³.

La normativización del concepto de acción se ha desarrollado a efecto de encontrar un concepto unitario (acción-omisión), convirtiendo toda acción en omisión; y puesto que ésta (omisión) es un concepto normativo, también la acción se convertiría en concepto normativo (desvalorado)²⁴. Si bien un sector doctrinal opina que tal concepto de acción coincidiría con el de acción típica, considerándose el concepto de acción irrelevante²⁵. Para Bustos/Hormazábal, la primera valoración en el análisis del hecho es la atipicidad y no el comporta-

pp. 141 y 142; Reimpr. 1967; En la doctrina más reciente, siguen entre otros este punto de vista: GRÜN-WALD, *Das Unrechte Unterlassungdelikte*; Gotinga, 1956, p.18; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 1985, p. 164; ROXIN, *Gedächtnisschrift für G. Radbruch*, 1968, p 261; en España, entre otros QUINTANO, *Curso de Derecho penal*, 1963, p.212 y CEREZO, *Curso de Derecho penal español*, cit., p. 253.

²⁰ KAUFMANN, *Die Dogmatik...*, cit., 1934, p. 84.

²¹ Vid, sin embargo, GIMBERNAT, *Ob. ult. cit.* p. 599. Quien estima que en la imprudencia inconsciente el que el movimiento corporal sea querido o no es requisito innecesario del comportamiento activo. STRATENWERTH, *ob. cit.*, Welzel Fest., 1974, p. 290, evidencia cómo el movimiento de frenado al alcanzar un obstáculo es una reacción normalmente correcta, ya que en el automovilista experimentado el comportamiento de conducción está ampliamente automatizado.

²² Vid. GIMBERNAT, *Ob. ult. cit.* p. 600.

²³ HERZBERG, *Der Unterlassung in Strafrecht und das Garanten Prinzip*, Berlin, 1972, p. 174; Idem, *JAKOBS, Derecho Penal Parte General*, Trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 940-942, para quien todas las acciones pueden reformularse como omisiones (pero no a la inversa); en casos concretos referidos al mismo resultado pueden darse tanto una acción como una omisión. Vg. alguien suelta por falta de atención el freno de su coche en una cuesta abajo y omite inmovilizar el coche que lesiona finalmente a una persona.

²⁴ GIMBERNAT, *Ob. ult. cit.* p. 602. Frente a la doctrina dominante que contrapone un concepto ontológico (el de acción) a otro normativo (el de omisión), para Gimbernat los dos conceptos correlativos con los que habría que operar son axiológicamente neutros. La no realización de acciones no sólo tiene relevancia en el campo del Derecho penal, sino que es referencia imprescindible para determinar el contenido de conductas valiosas y neutras (p 606).

²⁵ Cf. ROXIN, *Zur Kritik der finalen Handlungslehre Strafrechtliche Grudlagenprobleme*, 1973, pp. 88-89.

miento, lo que importa establecer no es la existencia o ausencia de una acción u omisión en sí mismas, sino la existencia o ausencia de una acción típica²⁶.

En lo que se refiere a *los conceptos de acción comisiva y omisiva*, según la doctrina actualmente dominante, existe una *acción comisiva* cuando el autor ha provocado activamente un perjuicio a un bien jurídico mediante una actividad corporal perceptible por el mundo exterior²⁷; existirá una *acción omisiva* cuando el autor haya provocado el perjuicio de un bien jurídico mediante una inactividad corporal²⁸.

Un importante sector doctrinal estima la acción o comportamiento activo como un concepto ontológico, esto es, no valorativo, que pertenece a la esfera del ser y no a la del deber ser ya que es un concepto que se establece sin referencia a valores. La omisión sería una especie del género «no hacer» (comportamiento pasivo), que se debería haber hecho, es decir, un no hacer desvalorado²⁹.

Para Armin Kaufmann, la omisión es la ausencia de realización de una acción finalista que el sujeto podría realizar en la situación concreta en que se hallaba³⁰. El acento valorativo no hace algo de nada, sino de un algo valorado, si bien, aunque la omisión exigiera –como afirma Kaufmann– la posibilidad de no ejecución (aspecto ontológico), eso no basta para hablar de omisión, sino que esa acción habría debido también ejecutarse (aspecto valorativo)³¹.

Por consiguiente, la omisión supondría la no realización de una acción que, sobre la base de una norma jurídica, se esperaba (acción esperada), que el

²⁶ BUSTOS/HORMAZÁBAL, Lecciones cit., p. 201.

²⁷ Vid. ENGISCH, Op. cit. p. 213; BGH, vrs 61, 213.

²⁸ Vid. MAURACH..., Derecho Penal, cit., p. 222, quienes aluden como ejemplos a la entrega de pieles de cabra sin desinfectar, conducción de bicicletas sin iluminación, préstamo de automóvil a persona reconociblemente incapacitada, etc.

²⁹ Así, CEREZO, Curso, cit. pp. 254 y 255. En contra, GIMBERNAT, Sobre los conceptos..., cit., p. 579. SERRANO PIEDECASAS (Crítica formal del concepto de omisión, ADPCP, 1993, pp. 46) distingue en torno al concepto de omisión dos metodologías diferentes: ontológica y axiológica, dentro de la primera tendencia se incluirían la realidad como contenido de sentido de la omisión y de la acción que puedan provenir de la fuente causal naturalista (BELING) o de la derivada de la propia estructura final de la acción (WELZEL y Armin KAUFMANN). Aparece integrada la segunda por un grupo de teorías que fundamentan el concepto de omisión desde la perspectiva del deber ser, desde la norma jurídica. Ésta resulta hoy doctrina mayoritaria; por ejemplo: ROXIN, Contribución a la Crítica de la teoría final de la acción, en Problemas básicos del Derecho penal, trad. de Luzón Peña, Madrid, 1976, pp. 84 ss; SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen der Rechten Unterlassungdelikte; Göttingen, 1971. En España, entre otros, BUSTOS/HORMAZÁBAL, Lecciones..., cit.; GÓMEZ BENÍTEZ, Teoría Jurídica del delito, Madrid, 1984; MIR PUIG, Derecho penal, PG, 4.^a ed., 1996.

³⁰ KAUFMANN, Die Dogmatik..., cit. p. 35; WELZEL, Das Deutsche..., cit. 1969, p. 201; en el mismo sentido CEREZO, Curso..., cit., p. 252, quien entiende que la omisión es la no realización de una acción finalista que el sujeto podría realizar en la situación concreta en la que se hallaba.

³¹ GIMBERNAT, Sobre los conceptos..., cit. p. 581, quien pone el ejemplo de que, con el criterio de Kaufmann, la mujer embarazada que no cede el asiento en el autobús a un joven vigoroso *omite* levantarse. Pero sí al contrario, porque la cesión del asiento sí es lo que la norma esperaba del joven vigoroso.

sujeto podía y debía realizar³². La doctrina dominante está de acuerdo en que la omisión es un concepto normativo que tiene lugar cuando se omite una acción exigida o esperada³³.

Sobre la discusión de los delitos de omisión propia e impropia o comisión por omisión y lo que se refiere al debate de la acción y omisión como objeto de las normas jurídicas, en principio podría afirmarse que, para determinar cuáles delitos constituyen hechos punibles por omisión, podría parecer suficiente que en el tipo la acción apareciera descrita como una inactividad que debiera haberse realizado. Sin embargo, si la acción viene descrita como actividad positiva, nos encontraríamos entonces ante un delito de comisión. No obstante, «el que matare» descrito como actividad positiva en el artículo 138 del Código penal español y en el 211 del Código penal alemán como verbo activo, puede ser cometido en forma no activa; así pues, deberían ser estimados como de omisión impropia o de comisión por omisión los hechos que realizan un delito de comisión propia mediante una inactividad (el padre omite el salvamento del hijo).

Quizás sería más acertado hablar de omisión impropia para los casos que no están tipificados por el legislador; como indica Welzel³⁴, no existe una acción sino siempre en relación a un determinado acto que no es realizado (artículo 195 Código penal) e impedir la persecución de determinados delitos (artículo 407). En cambio, si se trata de delitos de acción la referencia normativa no será una norma de mandato sino de prohibición que estará determinada: El artículo 138 del Código penal prohíbe matar, el artículo 178 del Código penal prohíbe atentar contra la liberta sexual, etc.³⁵.

Los delitos propios de omisión serían hechos punibles que se agotarían en la infracción de una norma preceptiva y en la simple omisión de una actividad

³² Conf. GIMBERNAT, Ob. ult cit. p. 583.

³³ Vid., entre otros, JESCHEK/WEIGEND, Lehrbuch... cit, pp. 631-633; HERZBERG, Die Unterlassung..., cit. pp. 184 y 185; MAURACH, Derecho Penal cit; pp. 235 y 236; SAINZ CANTERO, Lecciones de Derecho Penal. Parte General II, 2.ª ed., Barcelona, Bosch, 1982, p. 275; GÓMEZ BENÍTEZ, Teoría Jurídica del delito, 1984, p. 60; el mismo, Derecho penal, PG, Civitas, Madrid, 1985; BUSTOS/HORMAZÁBAL, Lecciones de Derecho penal..., cit. 1999, pp 200 ss; MIR PUIG, Derecho penal..., cit., 5.ª ed., 1998, pp. 296 y 297; SILVA SÁNCHEZ, El delito de omisión. Concepto y sistema, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 133 ss.

Un concepto no normativo se defiende aún por: RODRÍGUEZ MOURULLO y CÓRDOBA RODA, La omisión de socorro en el Código penal, p. 24. Vid. también CEREZO MIR, Curso..., cit., p. 54, para quien la omisión tampoco es un concepto puramente normativo.

Para MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, Derecho penal, parte General, 4.ª edición, 2000, pp. 243, 270 y 271, el concepto no es puramente ontológico.

³⁴ WELZEL, Derecho Penal Alemán, trad. de Bustos y Yáñez, Santiago de Chile, 1976, p. 277.

³⁵ BUSTOS/HORMAZÁBAL, Lecciones..., cit. p. 200.

exigida por la ley y los delitos impropios de omisión serían hechos punibles en los cuales el que omite estaría obligado como garante a evitar el resultado³⁶.

Jescheck y Weigend estiman que todos los delitos de omisión propios o impropios constituyen infracciones de normas preceptivas pero considera los delitos propios de omisión como hechos penales que se agotan en la no realización de la acción requerida por la ley, mientras que en los delitos impropios de omisión, al «garante» se le impone el deber de evitar el resultado, v.g. el funcionario policial competente que recibe la noticia de que va a cometerse un delito grave, tiene el deber de evitar el hecho arriesgando su vida; y el conductor que causó un accidente debe procurar asistencia médica al accidentado bajo pena de responsabilidad por su muerte dolosa³⁷.

Tal concepción, antes dominante, parece haberse abandonado, manteniéndose ahora que la diferencia ente los delitos propios e impropios de omisión depende sobre todo de la tipificación penal de los primeros³⁸.

Para Mir Puig³⁹, no hay en Derecho penal una omisión que deba precederle, no existe una omisión, en el sentido del Derecho penal, antes de contemplar el tipo legal. El Derecho penal no crea el concepto de omisión, pero para la existencia de una omisión jurídico penal no es preciso que se dé una omisión a la Ley penal. Sólo la Ley penal es decisiva para la afirmación de una omisión jurídico penal. Con base en lo expuesto, y utilizando un ejemplo de Jescheck⁴⁰, para quien los habitantes de Berlín no han omitido salvar a quien se ahoga en el lago de Constanza durante una competición de ski acuático por mucho que sean testigos del accidente gracias a la televisión,

En el delito impropio de omisión, el resultado se imputa al garante que no ha evitado su producción, igual que si lo hubiese ocasionado mediante un hacer positivo.

Para Muñoz Conde y García Arán⁴¹ la infracción de las normas imperativas es lo que constituye el delito de omisión, pues el Derecho penal no sólo contiene normas prohibitivas, sino también imperativas cuya omisión puede producir resultados socialmente nocivos. La conducta que infrinja dicho tipo de norma consistirá en un no hacer que la norma ordena (*norma imperativa*: socorrer, *conducta que la infringe*: no socorrer); con la expresión «omisión propia» se quiere poner de relieve que estamos ante una actividad en sentido

³⁶ WESSELS, Derecho penal. Parte General, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 218; KAUFMANN, Unterlassungsdelikte, cit., pp. 3 ss; WELZEL, Lehrbuch..., cit. p.200; STRATENWERTH, Strafrecht, cit.

³⁷ JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch..., cit. p. 606.

³⁸ Vid. SCHÜNEMANN, Die Unterlassungsdelikte..., ZStW, 96, p.287.

³⁹ MIR PUIG, Derecho penal, 7.ª Ed., cit., p.302.

⁴⁰ JESCHECK, Tratado, 4.ª ed., cit., p. 203.

⁴¹ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, Derecho penal, 4.ª ed. Cit., p. 269.

estricto que no puede ser puesta en conexión con lesión alguna. Así v.g. el artículo 195 del Código penal se consume con el no auxilio al desamparado, siendo irrelevante que dicho desamparado muera posteriormente o consiga sobrevivir porque las lesiones no sean letales o porque, aun siendo muy graves, otras personas le prestan auxilio a tiempo⁴².

En el delito de omisión impropia, el resultado se describe en la norma prohibitiva aunque no se menciona el comportamiento omisivo⁴³. Así, dejar morir de hambre a un niño recién nacido no se encuentra expresamente tipificado en ninguno de los delitos contra la vida si bien todo el mundo admite que dicha omisión debe ser equiparada a la acción de matar que esté conectada causalmente con el resultado muerte⁴⁴.

Por tanto, el problema interpretativo surge cuando hay que dilucidar si la forma omisiva ha de equipararse a la activa que sí se mencionaría expresamente en la Ley.

No obstante, las dificultades para determinar si un comportamiento ha de considerarse activo u omisivo son numerosas, ya que según la doctrina dominante los presupuestos para la imputación del resultado son distintos, pues mientras en el comportamiento activo (doloso o imprudente) para la imputación del resultado bastaría que éste se hubiera causado *científico-naturalmente* (aún con las limitaciones que establece en sus criterios la imputación objetiva para la omisión); habrían de cumplirse otros presupuestos: que el omitente posea la calidad de garante y que la acción omitida hubiera evitado el resultado con una «probabilidad rayana a la certeza»⁴⁵.

⁴² Vid. GIMBERNAT, Ensayos penales, p. 264, nota 22.

⁴³ Vid. CUADRADO RUIZ, La comisión por omisión como problema dogmático, ADPCP, 1997, p. 390.

⁴⁴ Vid. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, Ob. cit., p. 273; GRACIA MARTÍN, Comentarios al Código penal, Parte especial I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 72 ss.

⁴⁵ GIMBERNAT, Causalidad, omisión e imprudencia, en Ensayos penales, Tecnos, Madrid, 1999, p. 202.

CAPÍTULO XXVIII

EL PELIGRO PROPIO DE LOS DELITOS DE PELIGRO CONCRETO: UNA APROXIMACIÓN

CARMEN PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ

Profesora Permanente Laboral. Universidad de Alcalá, Madrid.
Coordinadora general y Secretaria del Patronato de la FICP

I. INTRODUCCIÓN Y DEDICATORIA

¿Qué es el peligro? Se trata esta de una noción que ha suscitado enorme controversia, y con razón. Además de integrarse en el contenido de la antijuridicidad material (y en buena medida a consecuencia de ello), el peligro está presente en el análisis de numerosas categorías dogmáticas del Derecho penal: entre otras, la imputación objetiva, la imprudencia, la tentativa, los delitos omisivos y los de peligro, algunas causas de justificación y hasta la aplicación de medidas de seguridad¹. Aunque se ha discutido si la doctrina puede y debe

* Abreviaturas, aparte de las más frecuentes: AP: Actualidad Penal; DPE: Derecho Penal Económico; EPB: Enciclopedia Penal Básica; RChD: Revista Chilena de Derecho; RCSP: Revista Catalana de Seguretat Pública; RPM: Revista Penal México; VWPhil: Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie.

** Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación «REPENSANCIONES» (ref. SI3/PJI/2021-00222), financiado por la Consejería de Ciencia, Universidades e Innovación de la Comunidad de Madrid (V-PRICIT) y la UAM (IP: Rodríguez Horcajo/Basso).

¹ V. ESCRIVÁ GREGORI, La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal, 1976, 17 s.; HIRSCH, FS-Kaufmann, 1993, 545 s. = ADPCP, 1996, 509 ss.; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación, 1993, 50 s.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Delitos de peligro, dolo e imprudencia, 1994, 21 s.; CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supra-individuales, 1999, 31; VARGAS PINTO, Delitos de peligro abstracto y resultado, 2007, 209 s.

ofrecer un único concepto de peligro aplicable a todas las anteriores categorías, el objeto del presente trabajo no es tan ambicioso, y en las páginas que siguen se ofrecerá una aproximación limitada a las nociones de peligro relacionadas con la antijuridicidad material, y en particular las que se conectan directamente con el análisis dogmático de los delitos de peligro concreto². Con ello deseo rendirle un cariñoso homenaje por su 70.º aniversario al Prof. de Vicente Remesal, quien ha abordado en algunos de sus interesantes trabajos la materia que ahora nos ocupa³ y que por ello espero que pueda suscitar su interés. No me queda más que mostrarle mi agradecimiento por su afabilidad y sus valiosos comentarios académicos desde mi incorporación a la Escuela.

II. EL PELIGRO Y SUS CONCEPCIONES: EL PREDOMINIO DE LAS CONCEPCIONES NORMATIVAS

1. Una de las dificultades a la hora de definir el peligro proviene de su falta de autonomía⁴: el peligro tiene como referencia (en los términos que se verán) la idea de mal o daño para un determinado objeto⁵ y, en el ámbito penal, la de lesión respecto de un bien jurídico o un incluso un concreto objeto material del delito que lo represente⁶. A las dificultades anteriores se han de añadir la fugacidad e inmaterialidad de la noción de peligro⁷, así como el plus de equivocidad que se puede derivar del uso a menudo indistinto de los términos

² Optan por centrarse en el análisis del peligro que resulta de interés para los delitos de peligro, entre otros, SCHÜNEMANN, JA, 1975, 793 ss.; ESCRIVÁ GREGORI, Puesta en peligro, 1976, 17 s.; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Delitos de peligro, 1993, 51; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Delitos de peligro, 1994, 21 s.; MENDOZA BUERGO, Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto, 2001, 27.

³ En especial, DE VICENTE REMESAL/GARCÍA MOSQUERA, Libertas, 0, 2012, 50 ss.; también en RPM, 8, 2015, 153 ss.

⁴ V. p.ej. HORN, Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973, 11 -n. 27- y 143; ESCRIVÁ GREGORI, Puesta en peligro, 1976, 17 y 129; HIRSCH, FS-Kaufmann, 1993, 550 = ADPCP, 1996, 514; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Delitos de peligro, 1993, 40, 117; ZIESCHANG, Die Gefährdungsdelikte, 1998, 26; FS-Wolter, 2013, 559; SOTO NAVARRO, La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna, 2003, 178, 318.

⁵ Ya desde una perspectiva semántica, el peligro se entiende como «riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal» o «lugar, paso, obstáculo o situación en que aumenta la inminencia del daño», según el Diccionario de la Lengua Española, Edición del Tricentenario.

⁶ ESCRIVÁ GREGORI, Puesta en peligro, 1976, 131 sostiene que el objeto de referencia solo puede ser el bien jurídico, mientras que objeto material del delito solo debería tenerse en cuenta cuando suponga una exigencia necesaria para poder afirmar el atentado al bien jurídico.

⁷ Como señalara SCHÜNEMANN, JA, 1975, 793 s. respecto de la concreta puesta en peligro, esta constituiría una suerte de instantánea de un acontecimiento en curso, que no concluiría hasta la lesión o el abandono del ámbito del peligro por parte del bien jurídico.

de peligrosidad y peligro en el lenguaje común y jurídico, ya que otra parte de la doctrina ha tratado con posterioridad de distinguir ambas expresiones⁸.

2. Tradicionalmente han existido en la dogmática penal dos grandes grupos de teorías en torno al concepto de peligro, que discutían sobre su naturaleza ontológica o epistemológica. a) Las teorías subjetivas sostienen que el peligro no existiría como algo real, sino que se trataría de una percepción subjetiva, es decir, de una impresión psicológica (un estado de temor o miedo) o de un juicio de orden subjetivo sobre la posibilidad de producción de un resultado lesivo, pues en términos empíricos las acciones solo podrían ser lesivas o no lesivas. Serían solo las limitaciones y errores de nuestro conocimiento ontológico y nomológico las que harían a nuestra mente recrear la posibilidad o la probabilidad de la producción de un daño, en función de la experiencia y de la mayor o menor exactitud de los datos conocidos. Así pues, el juicio de peligro tendría para estas corrientes una función constitutiva del concepto de peligro⁹. b) Las teorías objetivas defienden en cambio que el peligro sí tendría una existencia real, objetiva, consistente en la posibilidad o probabilidad de que se produzca un resultado lesivo conforme a las leyes causales. Por lo tanto, estas teorías sí tratan de distinguir entre el concepto (descriptivo) de peligro y su juicio, que sería meramente declarativo¹⁰.

⁸ Aunque, como expone MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Delitos de peligro*, 1993, 57 ss., 65 ss., el peligro a veces se ha predicado de la acción (como acción peligrosa) y otras del resultado (como estado o situación peligrosos) y con distintos criterios de enjuiciamiento, otros autores han intentado delimitar este término del de peligrosidad: según este planteamiento, por peligro (*Gefahr*) debería entenderse la situación o estado valorable *ex post* y derivado de la conducta (v. *infra*, ap. IV), mientras que la peligrosidad (*Gefährlichkeit*) sería un atributo de la conducta que indicaría su potencialidad lesiva, valorable *ex ante*. Sin embargo, este debate deberá ser abordado con detalle en otra ocasión. Entre tanto v. HORN, *Gefährdungsdelikte*, 1973, 11 ss., 30; GRAUL, *Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht*, 1991, 152 ss.; HIRSCH, FS-Kaufmann, 1993, 545 ss. = ADPCP, 1996, 509 ss., que es quien más ha destacado esta cuestión; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.^a, 1996, 264, n. 55 = PG, 5.^a, 2002, 282, n. 55 en Alemania; y en España, TORÍO LÓPEZ, ADPCP, 1981, 827, 838 ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, 1994, 14 s., 30; SOLA RECHE, La llamada tentativa inidónea del delito, 1996, 77 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN, en: Serrano/Demetrio (dirs.), *El DPE y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*, 2010, 88; MENDOZA BUERGO, *Límites*, 2001, 24 ss.; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de DP*, PG, 3.^a, 2016, 12/44 ss., que también aplica en el fondo esta terminología.

⁹ V. FINGER, *Der Begriff der Gefahr*, 1889, 2 ss., 20 ss., 56 ss.; FS-Frank, 1969, 230 ss. y las exposiciones de HORN, *Gefährdungsdelikte*, 1973, 31 ss.; SCHÜNEMANN, JA, 1975, 794; ESCRIVÁ GREGORI, *Puesta en peligro*, 1976, 20 s.; DEMUTH, *Der normative Gefahrbegriff*, 1980, 54 ss.; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Delitos de peligro*, 1993, 52 ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, 1994, 22 ss.; DOVAL PAIS, *Delitos de fraude alimentario*, 1996, 270 ss.; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, 1999, 32 ss.; ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, 2000, 198 s.; MENDOZA BUERGO, *Límites*, 2001, 28 ss.

¹⁰ V., p.ej., v. KRIES, VVPhil, 12, 1888, 288 ss., 322 s.; BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, I, 2.^a, 1890, 324 ss., n. 10, y las exposiciones de SCHÜNEMANN, JA, 1975, 794; DEMUTH, *Gefahrbegriff*, 1980, 58 ss.; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Delitos de peligro*, 1993, 56 s.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, 1994, 24 ss.; DOVAL PAIS, *Fraude*, 1996, 273 s.; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, 1999, 33 ss.

Según un ejemplo de Kindhäuser, una persona es arrojada por una ventana, pero resulta ilesa por haber caído sobre un carro cargado de heno que pasaba delante del edificio. Para las corrientes subjetivas, la lesión de la vida o la integridad del sujeto no se podría haber producido empíricamente en ningún caso, y sería solo nuestra ignorancia de la presencia del carro la que, según las reglas de la experiencia, nos llevaría a concluir en el momento del hecho que se podía producir una lesión. En cambio, las teorías objetivas afirmarían la existencia de un peligro real, ontológico, dado que según las reglas causales y de la experiencia la producción de la lesión sería probable¹¹.

3. De entre las concretas objeciones formuladas contra los planteamientos anteriores¹², quizá las más determinantes sean la de su insuficiencia por sí mismas a la hora de ofrecer una definición operativa para la práctica del Derecho penal¹³, así como la de su intrascendente (algunos dirían que incluso inadecuada) búsqueda de un concepto ontológico correcto del peligro¹⁴. De ahí que hayan ido adquiriendo preponderancia las teorías normativas o pragmáticas, que han sostenido (con distintas formulaciones) que la noción de peligro supone o requiere una valoración, y esto ya sea por definición, ya sea para que se trate de un concepto útil o práctico a efectos jurídico-penales¹⁵.

¹¹ KINDHÄUSER, en: Lüderssen (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, 1998, 1, 268. Lo reproduce también MENDOZA BUERGO, *Límites*, 2001, 29.

¹² V. BINDING, *Normen*, I, 2.^a, 1890, 377; SCHÜNEMANN, JA, 1975, 794 s.; DEMUTH, *Der normative Gefahrbegriff*, 1980, 62 ss.; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Delitos de peligro*, 1993, 55 ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, 1994, 21 ss., 27 ss.; DOVAL PAIS, *Fraude*, 1996, 272 s.; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, 1999, 31 ss.

¹³ Entre otros, v. SCHÜNEMANN, JA, 1975, 794 s.; DEMUTH, *Gefahrbegriff*, 1980, 60 ss.; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, 1999, 31 ss.

¹⁴ V., p. ej., KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, 201 ss.; PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en DP*, 1995, 160 ss.; ALCÁ CER GUIRAO, *Tentativa*, 2000, 207 s., 213.

¹⁵ Afirman mantener una concepción normativa o práctica, aunque con diversos matices e ideas sobre lo que tal concepción representa y abarca en particular, p.ej., SCHÜNEMANN, JA, 1975, 793 ss.; DEMUTH, *Gefahrbegriff*, 1980, 184 ss.; WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten*, 1981, 219 ss.; KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 201 ss., 210 ss.; InDret, 1/2009, 11 s.; ROXIN, AT, I, 2.^a, 1994, 11/117 s. = PG, I, 1997, 11/117 s.; ROXIN/GRECO, AT, I, 5.^a, 2020, 11/151 en Alemania; y en España, entre otros muchos, v. ESCRIVÁ GREGORI, *Puesta en peligro*, 1976, 18 ss., 129 ss.; CORCOY BIDASOLO, *Delito imprudente*, 1989, 195 ss.; *Delitos de peligro*, 1999, 36 ss., quien se apoya en las tesis objetivas, pero para quien solo una teoría normativa es capaz de ofrecer un concepto de peligro *penal*, como probabilidad *ex ante* de lesión de un bien jurídico-penal, y en particular con un grado de probabilidad rayano a la seguridad de la lesión, para que esté legitimada la tipicidad de esa conducta, tomando en cuenta la clase de bien jurídico afectado y el ámbito de actividad; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Delitos de peligro*, 1993, 60, 100 s., 117 ss., que parece partir de las tesis objetivas, pero considera en última instancia que el peligro es un concepto normativo al estar referido a un bien jurídico; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, 1994, 29 ss.; PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo*, 1995, 160 ss., que sostiene que el concepto de peligro es «práctico» o «pragmáticamente condicionado»; RCSP, 13, 2003, 15 s.; ACALE SÁNCHEZ, *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, 2000, 198; ALCÁ CER GUIRAO, *Tentativa*, 2000, 198 ss.; MENDOZA BUERGO, *Límites*, 2001, 27 ss.; MIR PUIG, *RECPC*, 03-06, 2001; TERRADILLOS BASOCO, LH-Valle Muñiz, 2001, 789 ss., para quien el peligro no es solo posibilidad de que se produzca un resultado, sino que requiere un «grado apreciable

Estas tesis van, en mi opinión, por la senda correcta. Al fin y al cabo, a efectos penales no resulta determinante dilucidar si la *probabilidad* de producción de un determinado estado de cosas tiene o no naturaleza ontológica, ya que en todo caso va a resultar necesario un juicio de valor para que ese estado de cosas producido sea considerado un mal o un daño, que es lo que hace que la probabilidad de su producción sea seleccionada y pase a ser definida como un «peligro» o «riesgo» (y más todavía si de lo que se trata es incluso de considerarlo un peligro jurídico-penalmente relevante o un riesgo permitido, todo ello en relación con otros aspectos valorativos como la lesión de un bien jurídico)¹⁶. De todo ello, podría concluirse que la afirmación del peligro en un *sentido amplio* procede de un juicio de pronóstico sobre la probabilidad de que se produzca la lesión de un bien jurídico o de un objeto material que lo representa, atribuyéndole por lo tanto potencialidad lesiva a una conducta o a una situación espacio-temporalmente separada de ella, a partir de una serie de factores presentes en tal conducta o situación¹⁷. En la medida en que estos juicios de valor no sean meramente subjetivos (el sujeto agente, la víctima), sino objetivos (si se

de posibilidad”, “posibilidad relevante” o, lo que es lo mismo, “probabilidad”»); CEREZO MIR, RDPCrim, 10, 2002, 50 ss., quien señala que el concepto de peligro siempre es uno normativo, en la medida en que deben tenerse en cuenta las circunstancias del caso concreto cognoscibles por una persona inteligente (saber ontológico) y la experiencia común de la época (saber nomológico) y que la determinación del grado de probabilidad solo puede realizarse mediante un juicio de valor; VARGAS PINTO, Delitos de peligro, 2007, 221 ss.; OLAIZOLA NOGALES, Libertas, 0, 2012, 442 ss.; DE VICENTE REMESAL/GARCÍA MOSQUERA, Libertas, 0, 2012, 73 s.; BAGES SANTACANA, El principio de lesividad en los delitos de peligro abstracto, 2018, 194; MAÑALICH, RChD, 48-2, 2021, 85 ss. Nótese que algunos de estos autores se apoyan o parten de las teorías objetivas y a continuación añaden aspectos valorativos para dotar a este concepto de verdadero contenido u operatividad en el ámbito penal; en cambio, otros sostienen que ya la noción misma de peligro supone una valoración y renuncian a la búsqueda de un concepto ontológico de peligro.

¹⁶ Sigo aquí la línea marcada por PAREDES CASTAÑÓN, RCSP, 13, 2003, 15 s., que señala que la idea de riesgo se apoya en conocimientos teóricos previos sobre aspectos como la causalidad o la probabilidad de producción de determinados resultados, pero la calificación misma como «riesgo» no es ajena a las elaboraciones culturales coyunturales sobre aquello que es valioso y disvalioso; ALCÁCER GUIRAO, Tentativa, 2000, 205 ss., que mantiene que el peligro como tal no sería un hecho bruto, existente ontológicamente y por tanto independiente de la observación humana (como una piedra o una montaña), sino un hecho social fundado en un juicio intersubjetivo, según el cual se adscribiría una cualidad negativamente valorada a ciertas situaciones naturalísticas, creando con ello una realidad social; MENDOZA BUERGO, Límites, 2001, 28 ss. Pej., el fuego sería en sí mismo una situación naturalística, pero pasa a ser considerado un «peligro» al considerarse que puede dañar a personas, propiedades o recursos naturales, objetos positivamente valorados y cuyo menoscabo es considerado un mal (lesión de bienes jurídicos).

¹⁷ V. ALCÁCER GUIRAO, Tentativa, 2000, 209. Digo «en un sentido amplio» porque para efectuar un primer análisis de los criterios de enjuiciamiento disponibles (v. III) resulta conveniente partir de esta primera definición conceptual ampliada. Sin embargo, en principio me parece adecuada la propuesta de muchos autores de emplear la terminología «peligrosidad» para referirse a un atributo de la conducta que indicaría su potencialidad lesiva *ex ante* (así lo he empleado en pasados trabajos, v.gr. PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, CPC, 125, 2018, 104), reduciendo el término «peligro» en sentido estricto a una situación o resultado jurídico (*ex post*) en el que resulta probable la producción de la lesión. V. *supra*, n. 8.

prefiere, *intersubjetivos*¹⁸), considero que esta propuesta normativa sí podría tener validez general y utilidad para el Derecho y fundamentar un desvalor (de acción y/o de resultado) susceptible de justificar la intervención penal.

III. CRITERIOS DE ENJUICIAMIENTO DEL PELIGRO EN SENTIDO AMPLIO

1. Si lo verdaderamente relevante a efectos jurídico-penales es el juicio cognoscitivo de peligro en sentido amplio ya mencionado (y que se efectúa fácticamente por un juzgador con posterioridad a los hechos), interesa aclarar una serie de criterios de enjuiciamiento para el juzgador que a menudo se emplean y combinan en el discurso doctrinal: se trata del momento del hecho, la perspectiva de enjuiciamiento, el grado de conocimientos y su clase¹⁹, así como el grado de posibilidad exigido²⁰.

a) En todo juicio de peligro en sentido amplio, el juzgador debe situarse mentalmente (con el grado y la clase de conocimientos que se verán), como observador imaginario, en un determinado *momento del hecho* o estadio del curso causal, que normalmente suele reducirse por la doctrina al comienzo de la conducta típica o a un momento posterior al resultado lesivo (próximo o igual al momento real del juicio de peligro), si es que tal resultado se ha producido. Sin embargo, a efectos analíticos se pueden introducir otras dos opciones adicionales: el momento final de la conducta típica y un momento posterior a la conducta, pero todavía anterior a la producción (en su caso) del resultado lesivo²¹.

¹⁸ Sobre la conexión entre objetivo e intersubjetivo, v. ALCÁCER GUIRAO, Tentativa, 2000, 205, 211; MIR PUIG, RECPC, 03-06, 2001.

¹⁹ Comparto así, con algunos matices, el detallado desglose y análisis de ALCÁCER GUIRAO, Tentativa, 2000, 171 ss., que con los dos primeros criterios trata de dar más precisión a lo que a menudo se agrupa en uno solo, bajo denominaciones como «el momento (de la perspectiva) del juicio» o semejantes.

²⁰ Similar distinción, aunque no idéntica, es la que según LUZÓN PEÑA, en: Luzón Peña (dir.), EPB, 2002, 233, 800 s.; Curso de DP, PG, I, 1996, 367 s., 378 s.; Lecciones, 3.ª, 2016, 15/28 y 47 ss. centra el debate sobre la *adecuación* como teoría causal o como requisito de la imputación objetiva: (i) carácter del juicio de previsibilidad (objetivo-general o subjetivo), (ii) momento de la perspectiva del juicio, *ex ante* o *ex post* (el autor no plantea el momento del hecho al no tratarse del peligro, sino del tipo en delitos de resultado lesivo) y (iii) el grado de posibilidad. V. también la exposición de DEMUTH, *Gefahrbegriff*, 1980, 74 s., 101.

²¹ ALCÁCER GUIRAO, Tentativa, 2000, 173, desarrollando la idea planteada por WOLTER, *Zurechnung*, 1981, 80 y n. 60. Por su parte, ESCRIVÁ GREGORI, *Puesta en peligro*, 1976, 135 aclara que, si el objeto del juicio de peligro es una conducta, el momento del hecho aludido será el de su realización, mientras que, si el objeto del juicio de peligro es una situación, el momento del hecho deberá ser el de su producción. V. también la exposición de MAQUEDA ABREU, AP, 26/27, 1994, 489 s.

b) A su vez, el observador puede adoptar una *perspectiva de enjuiciamiento ex post* o *ex ante*: (i) será *ex post* cuando se tienen en cuenta todas las circunstancias que concurrirían efectivamente en el momento seleccionado del hecho y que ya son conocidas cuando se efectúa el juicio real de peligro²²; (ii) será *ex ante* si se adopta el punto de vista equivalente al lugar del sujeto agente en la acción, tomando solamente en consideración las circunstancias conocidas o cognoscibles desde esa posición conforme al grado y la clase de conocimientos, y obviando todas aquellas circunstancias concurrentes en ese momento que, sin embargo, solo han sido conocidas con posterioridad a los hechos²³.

Así, aunque a menudo se identifica la perspectiva *ex ante* con el momento de iniciarse la conducta, cabe todavía hablar de esta perspectiva en el momento final de la acción (pero en todo caso antes del eventual resultado)²⁴. Del mismo modo, aunque tiende a asociarse la perspectiva *ex post* con un momento posterior a la producción del resultado (si es que este se ha producido), esta perspectiva es posible también cuando el juzgador se sitúa mentalmente en un momento posterior a la acción, pero antes del eventual resultado: aquí, el observador emitirá su juicio de pronóstico teniendo en cuenta todas las circunstancias efectivamente concurrentes en el intervalo entre el comienzo de la acción y ese momento (incluyendo también aquellas que solo se conocieron con posterioridad a los hechos); sin embargo, deberá hacer abstracción de cualesquiera circunstancias solo conocidas *ex post* relativas a momentos del hecho posteriores al marcado²⁵. Este aspecto, como se verá, será especialmente relevante en el ámbito de los delitos de peligro concreto.

²² P.ej., cuestiones relativas a la presencia o no del objeto material en el radio de acción de la conducta o relativas a determinadas características de los medios empleados o productos ofrecidos, cuando estos factores no fueran conocidos ni cognoscibles desde la perspectiva *ex ante* conforme al grado y clase de conocimientos.

²³ ALCÁ CER GUIRAO, Tentativa, 2000, 172.

²⁴ ALCÁ CER GUIRAO, Tentativa, 2000, 176 ss. Como señala este autor, la ampliación de las bases del juicio *ex ante* al momento final de la conducta no será muy relevante salvo en algunos casos de acciones muy prolongadas en el tiempo (p.ej., un envenenamiento progresivo administrado en múltiples dosis diarias, en el curso del cual concurren diversas incidencias). V. más información al respecto en ESCRIVÁ GREGORI, Puesta en peligro, 1976, 88 ss.; MAQUEDA ABREU, AP, 26/27, 1994, 490.

²⁵ ALCÁ CER GUIRAO, Tentativa, 2000, 174 ss., que aclara que el realizar aquí un juicio de pronóstico no significa que el juzgador esté adoptando una perspectiva *ex ante* (como a veces sin embargo se afirma), y critica por ello la doctrina que considera que el juicio de peligro (el juicio de pronóstico) en general solo tiene sentido desde una perspectiva *ex ante* o que alega que toda tentativa es inidónea desde una perspectiva *ex post* (v. MIR PUIG, RECP, 03-06, 2001; CEREZO MIR, DP, PG, 2008, 420 -n. 47- y 925). Crítica con esta postura de ALCÁ CER, VARGAS PINTO, Delitos de peligro, 2007, 225 s. Referencias como las de GALLAS, FS-Heinitz, 1972, 177 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, DP, PG, 2.ª, 1986, 164, que hablan de la posible combinación de juicio *ex ante* y *ex post*, también se alejan en sus formas de la distinción propuesta, aunque coinciden con ella en la idea de fondo. Sobre la combinación de perspectivas y juicios (de diagnóstico y pronóstico) expuesta en el texto, v. también WOLTER, Zurechnung, 1981, 219.

c) El observador puede analizar la situación conforme a un distinto *grado de conocimientos*, que se podrían también calificar de conocimientos subjetivos u objetivos (si se prefiere, intersubjetivos)²⁶: (i) los del sujeto agente (conocimientos subjetivos), (ii) los de un sujeto medio ideal o (iii) en ámbitos profesionales, los de un buen profesional o experto (conocimientos objetivos en ii y iii). Eso sí, como el conocimiento total no sería posible, no cabe hablar de un observador omnisciente²⁷. Como ya se ha expuesto *supra*, ap. II, en general resulta preferible un juicio con conocimientos objetivos, si bien cabe hacer algunas combinaciones, pues en determinados juicios (p.ej., el de adecuación en la imputación objetiva o el de previsibilidad objetiva en la imprudencia) a los conocimientos objetivos se le pueden añadir los conocimientos especiales superiores que tuviera el sujeto agente y de los que pudiera carecer el sujeto medio ideal o el experto desde la perspectiva de enjuiciamiento adoptada²⁸.

d) Cabe diferenciar también la *clase de conocimientos*, que pueden ser ontológicos (conocimiento de los objetos que nos rodean a través de la percepción y la asignación de sentido a lo percibido) y/o nomológicos (leyes de la experiencia explicativas de fenómenos naturales y, a veces, también sociales)²⁹, aunque la postura más correcta parece la de la tener ambos en cuenta³⁰.

2. Finalmente, es preciso señalar que los juicios de peligro relativos al análisis de distintas categorías dogmáticas (p.ej., imputación objetiva, imprudencia, tentativa, delitos de peligro, etc.) pueden requerir la superación de un determinado *grado de probabilidad* de producción del resultado lesivo³¹, y la mayor o menor probabilidad puede ser también relevante en otros aspectos de la tipicidad específica y la determinación de la pena³².

²⁶ De hecho, otra terminología podría ser el «carácter del juicio», objetivo-general o subjetivo.

²⁷ ALCÁZER GUIRAO, Tentativa, 2000, 173.

²⁸ V. WELZEL, Strafrecht, 11.^a, 1969, 46 (sin admitir la imputación objetiva); CEREZO MIR, Curso PG II, 6.^a, 1998, 63 y n. 58 (con más citas), 113; LUZÓN PEÑA, Lecciones, 3.^a, 2016, 15/48, 18/31; DE VICENTE REMESAL, RECPC, 22-03, 2020, 2 ss. Pero todos ellos consideran que el añadirle al sujeto ideal los conocimientos especiales del autor concreto da lugar a un juicio objetivo-general de previsibilidad objetiva (bien como presupuesto de la imprudencia, bien para la imputación objetiva).

²⁹ ALCÁZER GUIRAO, Tentativa, 2000, 93, 173. V. también ESCRIVÁ GREGORI, Puesta en peligro, 1976, 85 ss., que en la base nomológica incluye el conjunto de conocimientos logrado por la humanidad; DEMUTH, Gefahrbegriff, 1980, 74 s.; PAREDES CASTAÑÓN, Riesgo, 1995, 169 ss.

³⁰ Así también ESCRIVÁ GREGORI, Puesta en peligro, 1976, 90; CEREZO MIR, PG, 2008, 420, n. 47. Una cuestión que merece más reflexión es si también desde una perspectiva *ex ante* deberían tenerse en cuenta los avances científicos relacionados con los hechos que se hubieran logrado con posterioridad a estos, pero antes del juicio. ESCRIVÁ GREGORI, Puesta en peligro, 1976, 134 s. se decanta en sentido afirmativo.

³¹ V. ESCRIVÁ GREGORI, Puesta en peligro, 1976, 26 ss., 129 s.

³² Pej., en materia de delitos imprudentes (cuando se han tipificado varias clases de imprudencia) o para la determinación de la pena en la tentativa conforme al art. 62 CP.

IV. ANÁLISIS DE LAS CONCEPCIONES NORMATIVAS SOBRE EL RESULTADO DE PELIGRO

1. Hechas estas precisiones, cabe ya analizar brevemente las concepciones normativas dedicadas al estudio del resultado de peligro (o de puesta en peligro) característico de los delitos de peligro concreto³³. Existe cierto consenso en la idea de que el peligro propio de los delitos de peligro concreto no solo es un resultado jurídico, sino también uno típico y lo que en otras sedes he denominado «real-estricto»³⁴, es decir, un elemento del tipo que constituye un efecto (aquí no de carácter material, pero sí formal o ideal) separable de la acción y que surge de ella³⁵. Así, la puesta en peligro de la vida, salud o integridad de determinadas personas constituye el resultado típico de los tipos penales de los artículos 316³⁶ y 380 del CP, además de su resultado jurídico o desvalor de resultado (sin perjuicio de que pudiera haber otros bienes jurídicos adicionales afectados que también incrementarían el desvalor de resultado).

2. En tanto que resultado típico y real-estricto necesario para la consumación del delito, habrá que verificar su existencia y la relación de imputación objetiva entre este y la conducta del sujeto agente³⁷. El primer paso no resulta sencillo, partiendo además de que, normalmente, cuando se plantea aplicar un tipo de peligro concreto para un determinado bien jurídico, es porque al final no se ha producido su lesión³⁸, lo que puede hacer aún más difícil verificar el peli-

³³ Con carácter general, se entiende que son aquellos en los que el tipo exige que la acción produzca un resultado de peligro concreto de lesión inmediata o próxima para algún bien jurídico protegido, que ha estado próximo a lesionarse: v. por todos LUZÓN PEÑA, Lecciones, 3.ª, 2016, 12/45. Nótese que el análisis que sigue no prejuzga si pueden existir otros resultados de peligro *ex post* diferentes al propio de los delitos de peligro concreto.

³⁴ Especialmente en PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, Foro FICP, 2017-2, 68 ss.

³⁵ V., entre otros, GALLAS, FS-Heinitz, 1972, 176, que señala que el peligro concreto sería un auténtico resultado porque, aunque no implica una transformación perceptible en el mundo natural, sí supone una modificación social en la condición del bien jurídico; DEMUTH, *Gefahrbegriff*, 1980, 187 ss.; ROXIN, AT, I, 2.ª, 1994, 11/114 = PG, I, 1997, 11/114; ROXIN/GRECO, AT, I, 5.ª, 2020, 11/147. Considera, en cambio, que los delitos de peligro concreto pueden ser de resultado (resultado real-estricto de peligro, en este caso) o de mera actividad ACALE SÁNCHEZ, Tipo de injusto, 2000, 152 s., 176, 204 s., 219 ss.

³⁶ Aunque la mayoría de la doctrina se decanta por considerar este tipo un delito de peligro concreto, existen sin embargo algunas posiciones discrepantes. V. sobre el tema OLAIZOLA, *InDret*, 2/2010, 11 s.; GALLO, Riesgos penales laborales, Tesis doctoral inédita, UAM, 2017, 255 ss.

³⁷ ROXIN, AT, I, 2.ª, 1994, 11/114 = PG, I, 1997, 11/114; DOVAL PAIS, Fraude, 1996, 337, n. 129; CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro, 1999, 264 s.; ALCÁCER GUIRAO, Tentativa, 2000, 175, n. 611; MENDOZA BUERGO, Límites, 2001, 21; OLAIZOLA NOGALES, Libertas, 0, 2012, 442 ss.; ROXIN/GRECO, AT, I, 5.ª, 2020, 11/147. El análisis de la imputación objetiva requerirá una perspectiva *ex ante* con los criterios habituales de imputación. Baste aquí simplemente señalar que, en lugar de valorar la previsibilidad de producción del resultado lesivo, el juicio de peligro se referirá al resultado de peligro concreto que se desarrolla a continuación en este apartado.

³⁸ Sobre la ausencia en estos casos de un resultado lesivo del mismo bien jurídico (individual) protegido, v. por todos WOLTER, *Zurechnung*, 1981, 221; CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro, 1999, 264 s.:

gro. Con este objetivo en mente, en Alemania han sido desarrolladas las teorías normativas del resultado de peligro³⁹ por parte de autores como Schünemann⁴⁰, Wolter⁴¹ o Kindhäuser⁴², entre otros⁴³. Estas concepciones han tenido buena acogida en la doctrina española⁴⁴, incluyendo al aquí homenajeado⁴⁵.

se entiende así que, si el mismo bien jurídico concreto no solo ha resultado puesto en peligro, sino también lesionado, se aplicará directamente el delito de lesión, por efecto del concurso de normas. Así, los ejemplos ofrecidos por los autores citados en el texto son siempre supuestos en los que finalmente no se ha producido la lesión. Nótese que esto no quiere decir que no puedan plantearse dudas sobre las relaciones concursales entre los delitos de peligro concreto y los delitos de lesión: p.ej., cabría un concurso ideal cuando se trata de bienes jurídicos protegidos diferentes y que no se encuentran en la misma línea de ataque (e.g., uno individual y otro colectivo); también si el delito de peligro concreto hubiera afectado a más sujetos pasivos que los que finalmente han resultado lesionados en sus bienes jurídicos. V. al respecto MAQUEDA ABREU, AP, 26/27, 1994, 496 ss.; DOVAL PAIS, Fraude, 1996, 365 ss.

³⁹ Así las denominó WOLTER, Zurechnung, 1981, 217 respecto de algunos autores, y con este término las han expuesto p.ej. ROXIN, AT, I, 2.ª, 1994, 11/117 s. = PG, I, 1997, 11/117 s.; ROXIN/GRECO, AT, I, 5.ª, 2020, 11/151 s.

⁴⁰ SCHÜNEMANN, JA, 1975, 796 s. se refiere a los siguientes requisitos: (i) presencia de una acción típica y de un objeto (o substrato) de un bien jurídico individual, cuya puesta en peligro está en cuestión; (ii) con motivo de las leyes de la probabilidad disponibles, la lesión del objeto de bien jurídico individual debe parecer una consecuencia adecuada de la acción, una posibilidad clara o lógica; en abstracto no se puede indicar un grado concreto de probabilidad, porque dependerá del alcance del riesgo permitido según el tipo de bien jurídico de que se trate y del ámbito de peligro; no obstante, los tipos penales y las regulaciones específicas pueden resultar útiles para determinar el grado del peligro necesario; (iii) no excluyen la responsabilidad penal procedente del delito de peligro concreto las causas de salvación en las que no se puede confiar, en otras palabras, las que no se derivan del desarrollo normal, sino de la destreza extraordinaria del amenazado, o que resultan de una concatenación de afortunadas circunstancias no susceptibles de dominio, y que en ese sentido constituyen una casualidad o azar. Por lo tanto, solo las medidas de salvación susceptibles generalmente de dominio eliminan la creación de un peligro concreto.

⁴¹ WOLTER, Zurechnung, 1981, 219-253, que denomina su propia postura como «teoría normativa modificada del resultado de peligro». Se asemeja en su punto de partida a la tesis normativa de SCHÜNEMANN, pero con importantes matices, que la hacen más restrictiva: así, considera que todas las «circunstancias que abren posibilidades de salvación» excluyen el resultado de peligro (incluidas las habilidades *extraordinarias* del sujeto pasivo), por lo que este solo existiría cuando no se dieran esas posibles circunstancias: p.ej., cuando la situación fuera amenazante incluso para el sujeto pasivo especialmente diestro y formado en ese ámbito, y la salvación dependiera exclusivamente del azar.

⁴² KINDHÄUSER, Gefährdung, 1989, 202, 210 ss.; InDret, 1/2009, 11 ss. Su concepto normativo o «práctico» de peligro presenta los siguientes rasgos: (i) posibilidad de un acontecimiento lesivo cuya producción no es deseada por quien habla; (ii) incapacidad física, psíquica o cognitiva de poder evitar intencionalmente la producción de un daño cuando se ejecute un comportamiento, por lo que su producción o no depende del azar. Este último criterio se podría aplicar tanto a situaciones (puesta en peligro) como a comportamientos (comportamientos peligrosos). No obstante, este autor considera el peligro una forma autónoma de menoscabo del valor de los bienes jurídicos.

⁴³ DEMUTH, Gefahrbegriff, 1980, 184 ss., 197 ss., 218; ROXIN, AT, I, 2.ª, 1994, 10/123, 11/114 ss. = PG, I, 1997, 10/123, 11/114 ss. que, aunque no desarrolla una teoría propia, se adscribe a las teorías normativas, especialmente a las de SCHÜNEMANN y DEMUTH; ZIESCHANG, Gefährdungsdelikte, 1998, 36 ss.; ROXIN/GRECO, AT, I, 5.ª, 2020, 11/147 ss., manteniendo la posición ya señalada.

⁴⁴ En España, v., entre otros, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Delitos de peligro, 1993, 122 s.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Delitos de peligro, 1994, 37 s, cercana a DEMUTH; ALCÁCER GUIRAO, Tentativa, 2000, 187 s.; MENDOZA BUERGO, Límites, 2001, 27 ss.; OLAIZOLA NOGALES, Libertas, 0, 2012, 442 ss., pero con matices.

⁴⁵ DE VICENTE REMESAL/GARCÍA MOSQUERA, Libertas, 0, 2012, 73 s.: «La idea rectora normativa para afirmar la existencia de un peligro concreto consiste en no poder confiar de forma objetivamente sensata o razonable en su evitación. De todas las hipotéticas circunstancias que podrían excluir el peligro

a) Aunque entre los autores citados existe cierto debate acerca de los perfiles exactos del concepto de peligro concreto, debe resaltarse el carácter restrictivo de la mayoría de las tesis, ya que se desarrollan con la intención de acentuar esa condición de resultado típico y real-estricto del peligro en estos delitos, acercándolo lo máximo posible a la lesión por motivos procesales y político-criminales⁴⁶. Así, algunos de los requisitos básicos del resultado de peligro concreto afirmados por la doctrina son los siguientes: 1) es necesario en primer lugar que un objeto de la acción o substrato del bien jurídico determinado haya entrado en el radio de eficacia causal de la conducta; 2) una vez allí, es preciso que el objeto o sustrato entre en una «crisis aguda» o «existencial», en otras palabras, que conforme al juicio de peligro la producción de la lesión parezca no ya solo probable, sino una consecuencia lógica, inminente o próxima a ojos del observador, y ello por haber perdido el sujeto agente el dominio del curso causal y no poderse ya confiar razonablemente (algunos dicen «con seguridad») en la evitación del resultado lesivo; 3) debido a lo anterior, *no excluirán* la afirmación de un *resultado de peligro aquellas causas salvadoras o circunstancias que, pese a que finalmente hayan evitado la lesión, procedan de un desarrollo anómalo de los acontecimientos, es decir, las que no eran razonablemente esperables (e.g., la imprevisible concatenación de circunstancias afortunadas, reacciones o medidas de salvación extraordinarias procedentes de la víctima, etc.)*⁴⁷; en otras palabras, solo serían admisibles para negar la concurrencia de un resultado de peligro concreto aquellas causas o medios salvadores que fueran aún dominables por el propio sujeto agente o en las que se pudiera confiar seriamente, aunque en este aspecto es donde concurren más discrepancias⁴⁸.

concreto sólo serían admisibles las que respondieran a su previsibilidad objetiva. Por otra parte, dichas circunstancias o causas salvadoras pueden provenir no sólo de la víctima potencial (a la que suele referirse la doctrina, en el ámbito de la seguridad viaria), sino también del propio autor de la acción peligrosas».

⁴⁶ Destacan, p.ej., SCHÜNEMANN, JA, 1975, 794; DEMUTH, *Gefahrbegriff*, 1980, 184 ss. V. al respecto ALCÁZER GUIRAO, *Tentativa*, 2000, 185 ss., que admite otros resultados de peligro *ex post* diferentes del correspondiente a estos delitos (p.ej., en la tentativa idónea); MIR PUIG, *RECPC*, 03-06, 2001, que sostiene igualmente que las exigencias de las teorías normativas del resultado de peligro no serían necesarias en la tentativa, porque en ella habría *voluntad* de producir la lesión típica (si se trata de un delito de lesión) y ello supondría un factor de mayor peligrosidad del hecho, inexistente en los delitos de peligro concreto.

⁴⁷ Resumen basado, con ciertas modificaciones, en los de WOLTER, *Zurechnung*, 1981, 217 ss. (que aclara que se precisa un pronóstico específico sobre la posibilidad sería de salvación); ALCÁZER GUIRAO, *Tentativa*, 2000, 187 s. Recuérdese sin embargo que la propuesta personal de WOLTER, *Zurechnung*, 1981, 223 ss. es más restrictiva (v. n. 41), pero a ella cabe criticarle (v. ROXIN, *AT*, I, 2.^a, 1994, 11/118 = *PG*, I, 1997, 11/118; ROXIN/GRECO, *AT*, I, 5.^a, 2020, 11/152) que relativice el elemento normativo del «no poder confiar» en la concurrencia de la causa de salvación, pues la extraordinaria habilidad o destreza de la víctima potencial sería tan imprevisible como cualquier otro factor de azar excepcional. V. una exposición detallada de estas tesis normativas en RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, 1994, 29 ss.

⁴⁸ Así, p.ej., OLAIZOLA NOGALES, *Libertas*, 0, 2012, 442, considera esta posición demasiado restrictiva, puesto que no admitiría el peligro concreto cuando la no producción de la lesión se debiera a una conducta de la víctima en la que el sujeto agente pudiera seriamente confiar. En su opinión, esta cuestión

Un ejemplo frecuente entre la doctrina alemana es el siguiente: si, como consecuencia de un adelantamiento prohibido y temerario en una carretera de montaña, el vehículo del sujeto agente se encuentra con otro coche que viene de frente, la existencia del peligro concreto no se excluiría para muchos de estos autores si lo único que ha logrado evitar la colisión entre los dos coches (pues no había otras opciones normales disponibles) han sido circunstancias imprevisibles como una repentina ráfaga de viento o una hábil maniobra de derrape por parte del conductor del vehículo que venía de frente, que tenía una especial destreza o formación en materia de pilotaje⁴⁹.

b) Para la verificación de este resultado de peligro, la doctrina suele defender mayoritariamente la adopción de una *perspectiva ex post*⁵⁰, como no podía ser de otro modo si se trata de un resultado real-estricto y jurídico y se entiende que la perspectiva *ex post* es la propia del resultado jurídico o desvalor de resultado⁵¹. Ahora bien, la naturaleza peculiar del resultado de peligro requiere hacer las siguientes precisiones, relacionadas con los criterios de enjuiciamiento expuestos: (i) para empezar, en estos casos la perspectiva *ex post* no estará referida al momento *real* del juicio penal (en el que ya se sabe si se produjo la lesión o no), sino a un momento anterior a este y posterior a la finalización de la acción; (ii) con los datos ontológicos y nomológicos conocidos *ex post* hasta el momento del hecho determinado, el observador imaginario realizará un juicio de diagnóstico (*e.g.*, se verificará la existencia del objeto material, su entrada en el radio de eficacia, etc.) y, gracias a esos datos, procederá a realizar un juicio de pronóstico sobre la previsible evolución de los acontecimientos en el futuro inmediato, y en concreto sobre la

solo es relevante para determinar el dolo eventual o imprudencia con la que actúa el sujeto, pero no a efectos de la concurrencia de un resultado de peligro. Este concurrirá en su opinión cuando, ante la inminencia de la lesión, haya concurrido alguna circunstancia que ha permitido controlar o disminuir el peligro, ya sea un factor de la naturaleza, de la víctima potencial o de un tercero.

⁴⁹ Por todos, v. SCHÜNEMANN, JA, 1975, 793 ss.; ROXIN, AT, I, 2.^a, 1994, 11/117 = PG, I, 1997, 11/117; ROXIN/GRECO, AT, I, 5.^a, 2020, 11/150. En contra de esta conclusión en el ejemplo, v. HORN, Gefährdungsdelikte, 1973, 181 ss., pues conforme a su «teoría científico-natural del resultado de peligro», solo se excluye el resultado de peligro concreto cuando se tendría que haber producido la lesión del objeto de la acción, y sin embargo esto no ha sucedido por una razón *inexplicable para las leyes naturales*. Su explicación exclusivamente causalista ha sido criticada por las posturas normativas.

⁵⁰ V. MAQUEDA ABREU, AP, 26/27, 1994, 486, 494 s.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Delitos de peligro, 1994, 14 s.; ROXIN, AT, I, 2.^a, 1994, 11/114 = PG, I, 1997, 11/114; DOVAL PAIS, Fraude, 1996, 337; ALCÁ-CER GUIRAO, Tentativa, 2000, 209; MENDOZA BUERGO, Límites, 2001, 24 ss. y 32; TERRADILLOS BASOCO, LH-Valle Muñiz, 2001, 798 s.; MARTÍNEZ-BUJÁN, en: Serrano/Demetrio (dirs.), DPE, 2010, 88; CASTRO MARQUINA, Necesidad, 2016, 104; ROXIN/GRECO, AT, I, 5.^a, 2020, 11/147. En contra, v. RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, DP español, PG, 18.^a, 1995, 427; MIR PUIG, RECPC, 03-06, 2001; CEREZO MIR, RDPCrim, 10, 2002, 49 ss.; PG, 2008, 420, n. 47, que defienden que el juicio de peligro es siempre *ex ante*. Ello parece deberse a la identificación bidireccional entre juicio de pronóstico y juicio *ex ante* que ya se ha criticado *supra*, III.1.b), especialmente en n. 25.

⁵¹ V. mi posición sobre la estructura del injusto en PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, CPC, 125, 2018, 71 ss.

clara probabilidad de que tenga lugar una lesión en los términos expuestos y la ausencia de causas salvadoras previsibles razonablemente o dominables⁵². Me parece adecuado aclarar en este punto, para evitar mezclar cuestiones de tipicidad objetiva y subjetiva, que el juicio *objetivo* de peligro deberá realizarse aquí también con un grado de conocimientos propio del sujeto medio ideal o, en ámbitos profesionales, de un buen profesional o experto (conocimientos objetivos), a los que se deberían sumar los eventuales conocimientos superiores del sujeto agente.

3. Concluiré la exposición con el caso expuesto por de Vicente Remesal/García Mosquera, relativo a la hipotética venta a un tercero de vieiras contaminadas por la «toxina amnésica de los moluscos», que presentaban niveles de ácido domoico superiores a los aptos para el consumo⁵³. La cuestión es sin duda debatible, pero según los requisitos y criterios de enjuiciamiento analizados cabría negar con estos autores la existencia de un resultado de peligro: aunque haya habido una persona en el radio de eficacia de la conducta, en el momento de la venta la lesión de su salud no parece todavía una consecuencia lógica, inminente o próxima. Es cierto que el sujeto agente ha perdido con la venta el dominio del curso causal, y que por ello no podrá evitar por sí mismo la lesión. No obstante, aparte del periodo que todavía puede transcurrir hasta el efectivo consumo por parte del comprador (lo que es quizá una objeción menor), desde parámetros objetivos se puede confiar razonablemente en la evitación del resultado mediante medidas normales y esperables a la hora de su consumo por el sujeto pasivo: ello se debe a que, como señalan los autores, la forma totalmente ordinaria de preparación del alimento antes de su ingesta, mediante la eliminación de las partes blandas de la vieira, supone una disminución de los niveles de toxina que los convierte en inocuos conforme a los estudios científicos disponibles para los niveles de ácido domoico detectados⁵⁴. Dicho esto, cuanto más exigente sea el estándar de confianza requerido (p.ej., que no se pueda excluir *con seguridad o certeza* la evitación de la lesión), más sencillo será afirmar la concurrencia del resultado de peligro.

⁵² WOLTER, Zurechnung, 1981, 219; con menos detalles, MENDOZA BUERGO, Límites, 2001, 26, 31.

⁵³ DE VICENTE REMESAL/GARCÍA MOSQUERA, Libertas, 0, 2012, 60 ss. El caso discute la tipicidad de la venta en relación con el art. 363 CP, siendo conscientes los autores de que la caracterización de este tipo como delito de peligro concreto es discutible y negada por un importante sector jurisprudencial y doctrinal.

⁵⁴ *Idem*, 62 s. Los autores llegan a comparar el consumo de la vieira sin eviscerar con ingerir una lechuga con el plástico del envoltorio, hasta tal punto consideran absolutamente ordinaria y segura la retirada de las partes blandas por quienes las consumen. Para el caso de que se pudiera cuestionar la inexistencia de resultado de peligro concreto, los autores sostienen la falta de desvalor subjetivo del hecho.

CAPÍTULO XXIX

CONOCIMIENTO DOLOSO DEL HECHO Y ELEMENTO SUBJETIVO DEL INJUSTO, PERFILES DE SU DELIMITACIÓN DOGMÁTICA

MIGUEL POLAINO NAVARRETE

Catedrático emérito de Derecho penal. Universidad de Sevilla

I. LA DEBATIDA NATURALEZA DE LA ANTIJURICIDAD EN LA TEORÍA DEL DELITO

La antijuricidad revela la contrariedad jurídica de la acción que infringe el precepto legal¹ y su esencia reside en un juicio normativo de desvalor del acto². La constelación de formulaciones sobre la naturaleza de la antijuricidad se reconducen a las teorías objetivas y subjetivas, surgiendo en la encrucijada la teoría de los imperativos. Un originario enfrentamiento protagonizaron, en 1867, la concepción objetiva (civil) de Rudolf von Jhering³ y la subjetiva (penal) de Adolf Merkel⁴.

¹ WELZEL, Hans, *Das deutsche Strafrecht, Eine systematische Darstellung*, 11. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 1969, pp. 50 s.: la antijuricidad es contradicción entre acto típico y ordenamiento punitivo; MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband I*, 8., neubearbeitete und erweiterte Auflage, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1992, p. 338: la antijuricidad formal pondera la realización de un tipo de injusto, y la antijuricidad material la realización del tipo no cubierta por una causa de justificación.

² GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Reus, Madrid, 1966, p. 102: «La antijuricidad es un juicio objetivo de desvalor. Por eso el inculpable que mata se comporta antijurídicamente. Ciertamente que subjetivamente no hay reproche alguno, pero objetivamente sí que hay un desvalor».

³ von JHERING, Rudolf, *Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht: eine Festschrift für Johann Michael Franz BIRNBAUM zur Feier seines 50jährigen Professorenjubiläums am 24. Juni 1867*, Roth, Gießen, 1867, p. 6.

⁴ MERKEL, Adolf, *Zur Lehre von den Grundtheilungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen*, «Kriminalistische Abhandlungen», Band I, Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1867, p. 42.

Sobre el punto de partida de una noción objetiva de ilícito civil, vino von Jhering a reconocer en el injusto penal una relación individual autor-acción y, no apreciando conflicto entre Derecho y Persona en abstracto (como Hegel) sino estimando (como Merkel) contraste entre ordenamiento y acto de persona capaz de imputación⁵, configuró una dicotómica concepción de injusto civil objetivo e injusto penal subjetivo, que fue calificada de intermedia y no dejó de tener seguidores⁶.

La más radical concepción objetiva fue sustentada, en 1901, por Alexander Löffler⁷, al erigir en núcleo del ordenamiento una determinada situación o estado de relevancia social cuya alteración representa la propia esencia del injusto al margen del hecho de ser generada por la acción de una persona o por una causa natural⁸. Otras concepciones objetivas de la antijuricidad se sustentaron, con anterioridad a la incorporación de los elementos subjetivos del injusto en la teoría del delito, por Ludwig von Bar⁹, Franz von Liszt¹⁰, Ernst Beling¹¹ y August Köhler¹².

La pionera tesis subjetiva del injusto penal de Adolf Merkel¹³ configura, en 1867, un supra-concepto de injusto¹⁴ comprensivo del injusto civil y penal, en el que se concibe al Derecho como poder ideal y al injusto penal como infracción que exige la capacidad de imputación del sujeto¹⁵. La tesis *merkelianna* tuvo, en 1880, un singular continuador en Eduard Herz, quien radicalizó la noción subjetiva de antijuricidad, solamente aprehensible desde la perspectiva de la culpabilidad entendida como presupuesto del injusto subjetivo¹⁶ caracte-

⁵ von JHERING, Rudolf, *Schuldmoment*, p. 4.

⁶ Entre los seguidores de la tesis, Johannes NAGLER, *Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit*, en «Festschrift für Karl BINDING», Band II, Verlag Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1911, pp. 273 ss.

⁷ LÖFFLER, Alexander, *Unrecht und Notwehr. Prolegomena zu einer Revision der Lehre von der Notwehr*, en «ZStW.», Band 21, 1901, pp. 527 ss.

⁸ LÖFFLER, Alexander, *Unrecht und Notwehr*, pp. 556, 558: los seres irracionales y las cosas inanimadas no poseen la condición de sujetos de derecho, carecen del carácter de persona *standi in judicio* y no son susceptibles de soportar consecuencias penales, pero su capacidad de injusto deriva a contrario del hecho de que el ordenamiento jurídico ha de intervenir contra cualquier ataque.

⁹ von BAR, Ludwig, *Handbuch des Deutschen Strafrechts*, Band I, *Geschichte des Deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien*, Weidmannsche Buchhandlung, Berlin, 1882.

¹⁰ von LISZT, Franz, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 2. Auflage, de Gruyter, Berlin und Leipzig, 1884.

¹¹ BELING, Ernst, *Die Lehre vom Verbrechen*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1906, (Neudruck, 1964).

¹² KÖHLER, August, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Verlag von Veit & Comp., Leipzig, 1917.

¹³ MERKEL, Adolf, *Zur Lehre*, (passim) esp. pp. 41 ss.

¹⁴ LAMPE, Ernst-Joachim, *Das personale Unrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1967, pp. 13 s., 15, conecta el 'momento tendencial' exigido junto al aspecto objetivo en la concepción hegeliana de delito con el 'desvalor de acto' de la formulación *welzeliana*.

¹⁵ MERKEL, Adolf, *Zur Lehre*, pp. 43 s.: el injusto es infracción de Gebote y Verbote que se dirigen a los imputables como únicos destinatarios idóneos de las mismas.

¹⁶ HERTZ, Eduard, *Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts*, 1. Band, Hoffmann & Kampe, Hamburg, 1880, p. 3.

rizado por la lesión de intereses protegidos y la rebeldía jurídica de la voluntad del sujeto¹⁷, considerando que el injusto sin culpabilidad es una *contradictio in adjecto* y que la referencia a un injusto culpable es una tautología¹⁸.

Una singular concepción subjetiva sostuvo Kohlrausch, en 1903, al resaltar que la esencia del concepto de injusto no es la alteración de un estado jurídicamente valorado, sino la alteración jurídicamente desaprobada de un estado¹⁹, reconociendo a los imputables como únicos destinatarios de la norma²⁰, y erigiendo a la imputabilidad en la cima de la teoría del delito²¹.

Desarrolló Hold von Ferneck, en 1903, una noción subjetiva asentada en la idea del deber jurídico²², derivado de un sistema regulador de las conductas entre personas²³ que reconoce a los imputables como únicos destinatarios de los imperativos legales que motivan la acción y permiten la imputación de la conducta²⁴, excluyendo un concepto objetivo de injusto ajeno a las relaciones jurídicas²⁵: símbolo de la radical noción subjetiva fue la equiparación entre injusto y culpabilidad²⁶.

La concepción subjetiva de antijuricidad sustentada por Graf zu Dohna²⁷, en 1905, se basó en el ideal *stammeriano* de la pretensión de Justicia inherente al Derecho, cuya esencia estriba en una máxima formal²⁸ determinante del carácter jurídico del acto: el 'justo medio para un fin justo'. Al asimilarse el fin fi-

¹⁷ HERTZ, Eduard, Das Unrecht, p. 6.

¹⁸ HERTZ, Eduard, Das Unrecht, p. 14.

¹⁹ KOHLRAUSCH, Eduard, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, J. Guttentag Verlagsbuchhandlung GmbH, Berlin, 1903, pp. 50 ss., 184.

²⁰ KOHLRAUSCH, Eduard, Die Straftat im Deutschen Strafgesetzentwurf 1919, en «Schweizerische Zeitschrift», Band 34, 1921, pp. 157 ss.

²¹ KOHLRAUSCH, Eduard, Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs, Band I, 1910, p. 181.

²² von FERNECK, Alexander Freiherr Hold, Die Rechtswidrigkeit, Band I, Der Begriff der Rechtswidrigkeit, Jena, 1903, Band II, Notstand und Notwehr, Verlag Gustav Fischer, Jena, 1905.

²³ von FERNECK, Alexander Freiherr Hold, Die Rechtswidrigkeit, pp. 16 s., 94 ss., 98.

²⁴ von Ferneck, Alexander Freiherr Hold, Die Rechtswidrigkeit, p. 361.

²⁵ LAMPE, Ernst-Joachim, Das personales Unrecht, p. 23, reconoce en esta noción una triple dimensión formal de la antijuricidad: la contrariedad a la norma (*normwidrig*) correspondiente a apariencia en sí, la contrariedad a deber (*pflchtwidrig*) congruente con apariencia para mí, y la contrariedad a Derecho (*rechtswidrig*) expresiva de subjetiva apariencia frente a terceros; y en el aspecto sustantivo-material también una triple valoración: contrariedad a la voluntad general de la norma (desde el punto de vista del legislador), manifestación de un interés individual contrario a Derecho (desde la perspectiva del obligado), y quebrantamiento de un interés medio (objetivo, abstracto) jurídicamente tutelado (desde el punto de vista del protegido).

²⁶ von FERNECK, Alexander Freiherr Hold, Die Rechtswidrigkeit, pp. 276 ss., 351.

²⁷ Graf zu DOHNA, Alexander, Die Rechtswidrigkeit, als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlungen. Ein Beitrag zur allgemeinen Strafrechtslehre, Verlag des Weissenshauses, Halle a. S., 1905.

²⁸ Vid. Alexander Graf zu DOHNA, Die Rechtswidrigkeit, p. 38.

sico y el motivo psíquico del autor en el sentido de fin subjetivo²⁹, resuelve el contraste entre el fin real de la acción y el fin subjetivo del autor en favor de éste.

Las teorías de los imperativos representaron un punto de inflexión en la encrucijada dialéctica de las concepciones objetiva y subjetiva de la antijuricidad. En su fundamento estiman erróneo el postulado de que el Derecho únicamente ha de dirigirse a sujetos imputables, entendiendo por el contrario que en el precepto jurídico subyace un ¡*tú debes!* dirigido a cualquier destinatario, pues la *ratio* de la norma radica en el mandato o la prohibición de un deber hacer o no deber hacer determinado por el *praeceptum legis*³⁰ que es vinculante para todos los destinatarios, sin perjuicio de que el reproche de culpabilidad queda limitado sólo a los imputables³¹.

A modo de síntesis: Las teorías objetivas suprimen la exigencia de capacidad personal de acción en la conducta típica y conforman un concepto de injusto despersonalizado que compromete la esencia funcional del Derecho. Las teorías subjetivas no alcanzan a aprehender los fundamentos dogmáticos del injusto y la culpabilidad, incurriendo en imprecisas delimitaciones de los mismos en la estructura jurídica del delito. Las teorías de los imperativos, si bien parten de los postulados de una subjetiva configuración de la antijuricidad, en un singular giro metódico se desvían de ellos y llegan tanto al exacto reconocimiento de los imputables como de los inimputables en cuanto posibles sujetos activos idóneos de la acción, postulando una debida delimitación dogmática entre injusto y culpabilidad.

II. RECONOCIMIENTO DE ELEMENTOS SUBJETIVOS EN EL INJUSTO PENAL

Con motivo del examen de las causas de justificación en la teoría general del Derecho, en el año 1911, H. A. Fischer³² alumbró un singular tratamiento de la subjetividad en la antijuricidad, que al cabo devino una prominente con-

²⁹ Graf zu DOHNA, Alexander, Die Elemente des Schuldbegriffs, en GerS., Band 65, p. 312.

³⁰ THON, August, Rechtsnormen und subjektives Recht. Untersuchungen zur allgemeine Rechtslehre, H. Böhlau, Weimar, 1878, pp. 2 s.; BIERLING, Ernst Rudolf, Juristische Prinzipienlehre, Band I, J. C. B. Mohr, Freiburg im Breisgau und Leipzig, 1894, p. 294.

³¹ THON, August, Rechtsnormen, pp. 77, 90 s.: el imperativo legal se dirige a todos los sujetos y no obsta al hecho de que el reproche de culpabilidad excluye a los inimputables; BIERLING, Ernst Rudolf, Juristische, pp. 291 ss.

³² FISCHER, Hans Albrecht, Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, Frankfurt am Main, 1966 (Lizenausgabe mit freundlicher Genehmigung unveränderter Nachdruck der Ausgabe [Beck] München, 1911), pp. 94 s.

tribución dogmática a la estructura del injusto típico. Entendiendo al injusto como acto contrario a la norma, y a la antijuricidad como juicio normativo de desvalor del acto contradictor de la norma³³, considera que toda ‘intención antijurídica’ ha de estar referida a un determinado comportamiento externo³⁴.

El núcleo de configuración de los elementos subjetivos del injusto por esta innovadora tesis se sustancia en tres principios jurídicos rectores que la misma enuncia en los siguientes términos: *a)* «el que lesiona la propiedad ajena [*scil.* el derecho de otro]» actúa antijurídicamente; *b)* «el que lesiona la propiedad ajena [*scil.* el derecho de otro] en el ejercicio de un derecho» actúa no antijurídicamente; *c)* «el que lesiona la propiedad ajena [*scil.* el derecho de otro] en el ejercicio de un derecho con el exclusivo fin de perjudicar a otro» actúa antijurídicamente³⁵.

Los elementos subjetivos experimentan un significativo desarrollo en la dogmática del injusto: a partir de su enunciado teórico se produjo un amplio despliegue de investigaciones sobre el sentido y alcance de los elementos típicos subjetivos que trascienden más allá del ámbito propio del dolo³⁶. En las concepciones precedentes el delito se polarizaba en dos esenciales caracteres contrapuestos entre sí: el objetivo y el subjetivo, de tal forma que se adscribían todos los componentes externo-objetivos a la antijuricidad y los psíquico-espirituales sin excepciones a la culpabilidad.

Una tal escisión mostraba la imagen de dos ámbitos desconectados que trazaban el círculo de lo externo (objetivo) y la esfera de lo interno (subjetivo)³⁷. El hecho de ser la antijuricidad un juicio objetivo de desvaloración había inducido a la errónea conclusión de estimar como exclusivo objeto de la misma a los elementos objetivos externos de la acción³⁸.

³³ FISCHER, Hans Albrecht, *Die Rechtswidrigkeit*, pp. 115 ss., 117 ss.

³⁴ FISCHER, Hans Albrecht, *Die Rechtswidrigkeit*, p. 178.

³⁵ FISCHER, Hans Albrecht, *Die Rechtswidrigkeit*, pp. 137 ss.

³⁶ FISCHER, Hans Albrecht, *Die Rechtswidrigkeit*, pp. 273 ss., 281 ss.: en el consentimiento, el conocimiento y la aceptación fundamentan la justificación de la conducta lesiva, mientras que el desconocimiento de la retracción del consentimiento por error vencible del lesionante opera como causa de inculpaibilidad; en la intervención médica, es determinante el fin que inspira la conducta del autor como momento intencional de acción.

³⁷ BELING, Ernst, *Die Lehre vom Verbrechen*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1906 (Neudruck, 1964), pp. 178 ss.; ID., *Grundzüge des Strafrechts*, 11. Auflage, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1930, pp. 17 ss.; VON FRANK, Reinhard, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, Alfred Töpelmann, Gießen, 1907, p. 12; ID., *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz*. Kommentar, 18. Auflage, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1931, § 1 I 4.

³⁸ CEREZO MIR, José, *Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español*, en «ADPCP», t. XIV, fasc. I, Madrid, 1961, pp. 55 ss. Vid. Hans WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, versión castellana y notas de José CEREZO MIR, Ediciones Ariel, Barcelona, 1964, p. 60; ID., *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 1969, pp. 59 ss.

El hallazgo de los elementos subjetivos del injusto puso de relieve que una bipolar escisión objetivo-subjetiva carece de validez en la estructura del delito³⁹ y desconoce las previsiones legales de los singulares elementos subjetivos del injusto, así como determinados momentos objetivos de la culpabilidad⁴⁰. La interpretación típica ha de atender tanto al componente objetivo como subjetivo⁴¹ en las numerosas hipótesis legales que incorporan singulares elementos subjetivos del injusto (intención, tendencia, exteriorización, expresión, especial conocimiento, emprendimiento, tentativa o actos preparatorios autónomamente inculminados).

III. DELIMITACIÓN DOGMÁTICA DE DOLO Y ELEMENTO SUBJETIVO DEL INJUSTO

Los elementos subjetivos del injusto, que en esencia deciden fundamentalmente el carácter de la contrariedad a la norma de la conducta típica, han de computarse también en la culpabilidad al exigir la presencia del dolo en la realización de los elementos objetivos del tipo. Tanto el imputable como el inimputable pueden psicológica y jurídico-penalmente realizar un tipo de injusto en cuanto idóneos sujetos activos de ejecución de conducta típica, a diferencia de la capacidad de imputación de culpabilidad⁴².

Los elementos subjetivos del injusto operan en el plano de la acción típica, determinando el carácter injusto de la conducta que el sujeto realiza exactamente con las singulares condiciones anímicas exigidas en los tipos subjetivamente configurados, con independencia de la imputabilidad o no del mismo. Y sobre esa base reclaman además el reproche de culpabilidad que correspon-

³⁹ HEGLER, August, Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs, en Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag 16. August 1930, Beiträge zur Strafrechtswissenschaft, Band I, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1930, pp. 276 ss.

⁴⁰ HEGLER, August, Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente, p. 252; Id., Zum Wesen der mittelbaren Täterschaft, en Die Rechtsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts (1. Oktober 1929), Band V, Strafrecht und Strafprozess, Berlin und Leipzig, 1929, p. 314. Vid. E. MEZGER, Die subjektiven Unrechtselemente, en GerS., Band 89, 1924, p. 259. Cfr. Th. WÜRTEMBERGER, Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, 2. Auflage, Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen», Band 7, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1959, pp. 2 ss.

⁴¹ HEGLER, August, Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente, pp. 270 ss.

⁴² La inimputabilidad del sujeto activo excluye la posibilidad de la imputación del juicio de reproche de la culpabilidad por la exigencia normativa de haber podido actuar de otro modo: el inimputable que realiza el tipo legal portador o no de un elemento subjetivo trascendente del dolo no es susceptible de la imputación del reproche de culpabilidad, habiendo de someterse al régimen normativo de la peligrosidad criminal y las medidas de seguridad.

de a la concreción dolosa del tipo, quedando excluido tal juicio normativo de reproche para quien actúe sin dolo, incluido el dolo eventual⁴³, o careciendo de capacidad de culpabilidad.

¿Es susceptible de apreciar un elemento subjetivo del injusto, sin la concurrencia del dolo del autor sobre los elementos objetivos del tipo?, ¿cabe aquél sin la presencia de éste? Consideremos el siguiente ejemplo: *A* quiere apoderarse de una cosa mueble creyendo que *B* es propietario de la misma; con este fin la toma aprovechando un descuido de *B*, la mantiene en su poder y la enajena onerosamente; luego *A* toma conocimiento de que realmente el bien le pertenecía en propiedad a él mismo. Por error sobre la ajenidad de la cosa, *A* no concreta el tipo doloso de hurto, y aunque psicológicamente pudiera apreciarse concurrencia de ánimo de lucro en su acción, dogmáticamente sería irrelevante a efectos jurídico-penales, pues sin la presencia del dolo el tipo no se cumple.

¿Sería apreciable un elemento subjetivo del injusto sobre la base de la ejecución culposa de la conducta por el sujeto? Supongamos que *A* dispone de una cosa mueble ajena creyendo que era de su propiedad, siendo así que en realidad pertenece a *B*. Tampoco se concreta el tipo, por la ausencia de dolo en la ejecución del tipo y por la atipicidad de una comisión culposa no compatible con la estructura propia de un tipo subjetivamente configurado.

En los delitos subjetivamente configurados, tanto la mera presencia de dolo del autor sin el elemento subjetivo del injusto, como la del singular elemento subjetivo del injusto sin dolo referido a la conducta objetiva básica, resultan irrelevantes jurídico-penalmente a efectos de la realización típica, no concretándose el injusto por ausencia bien del dolo bien del elemento subjetivo.

En la estructura de los tipos delictivos portadores de elementos subjetivos del injusto, el dolo y el elemento subjetivo del injusto constituyen categorías dogmáticas autónomas y diferentes, si bien son interdependientes y se reclaman entre sí. El cumplimiento del tipo requiere la concurrencia de la totalidad de los elementos objetivos y subjetivos. El elemento subjetivo del injusto trasciende psicológica y dogmáticamente más allá del ámbito propio del dolo, pero necesariamente presupone la presencia de éste. El elemento subjetivo del injusto comienza allí donde termina el dolo.

⁴³ SCHRÖDER, Friedrich-Christian, Entre la intención y el dolo eventual, traducción de Andrés FALCONE, en ID., Fundamentos de Dogmática Penal, edición a cargo de Miguel POLAINO-ORTS, Flores Editor y Distribuidor, S. A. de C. V., Editorial Flores, Ciudad de México, 2019, pp. 123 ss.

IV. FUNCIONALIDAD DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL INJUSTO EN RELACIÓN CON EL DOLO EN EL INJUSTO DE LA TENTATIVA

El injusto de la tentativa formalmente constituye un quebrantamiento normativo (una lesión de la vigencia de la norma), y materialmente implica una puesta en peligro de un bien jurídico (objeto de protección de la norma). Ambas perspectivas (desautorización de la vigencia de la norma y puesta en peligro del bien jurídico) no son contradictorias entre sí, sino complementarias. En este sentido el injusto de la tentativa y la tentativa de cometer un injusto típico son una misma cosa. Cuando se realizan actos ejecutivos idóneos para la consecución del resultado normativo, se ejecuta un injusto, no irreal o ideal y meramente representado, sino normativamente real y existente.

El injusto de la tentativa, al igual que el injusto de la consumación, es ya constitutivo de una perfecta infracción de la norma, que no se puede entender sin referencia al bien jurídico⁴⁴: si se concibiera el injusto como pura infracción formal de la norma⁴⁵, no se podría explicar la diferencia de penas que corresponde imponer al autor del injusto consumado y al autor del injusto tentado. La puesta en peligro del bien jurídico representa el contenido material del injusto de la tentativa. El concreto peligro al bien jurídico en la tentativa ha de ser valorado *ex tunc*, pues la tentativa idónea se sustenta en un fundamento objetivo inmanente a la acción típica al que corresponde una valoración de idoneidad *de facto*⁴⁶.

La idoneidad de la tentativa comprende una dimensión estática y una perspectiva social, que fundamentan la cualidad objetiva de realización de un resultado típico (jurídico, no material). Tal idoneidad (objetiva) se completa con la representación (personal) del autor: los hechos no pueden contradecir la resolución del sujeto. Los diferentes elementos del injusto típico (acción, medios, autor) han de acreditar idoneidad en orden a la consecución del resultado jurídico. La idoneidad es un concepto ubicuitario no compatible con el fracaso

⁴⁴ ROXIN, Claus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I*, 3. Auflage, C. H. Beck, München, 1997, § 2/1, 2/9, 2/24.

⁴⁵ JAKOBS, Günther, *Materielle Vollendung bei Verletzungsdelikten gegen die Person. Zugleich ein Beitrag zur Verallgemeinerung des Besonderen Teils*, en *Festschrift für Claus ROXIN zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, herausgegeben von Bern SCHÜNEMANN, Hans ACHENBACH, Wilfried BOTCKE, Bernhard HAFFTE, Hans-Joachim RUDOLPHI, Walter de Gruyter, Berlin – New York, 2001, pp. 793 ss.

⁴⁶ TORÍO LÓPEZ, Ángel, *Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa*, en *Presupuestos para la Reforma Penal*, núm. 1, Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de La Laguna, 1992, p. 178.

de la ejecución: si falta la idoneidad de un elemento, la tentativa devendrá jurídico-penalmente irrelevante y no punible.

Respecto del contenido de injusto de la tentativa, la idoneidad ha de apreciarse en el concreto momento de ejecución del acto. Tal juicio de pronóstico no corresponde *ex ante* ni tampoco *ex post* [*facto*], sino precisamente *ex tunc* [y no *ex nunc* en una visión retrospectiva], o sea, en el momento exacto de la realización del hecho⁴⁷. Si la idoneidad se acredita en el tiempo exacto (momento en el que se pone en ejecución la comisión del hecho), una acción no puede estimarse al tiempo como idónea y como inidónea [*tertium non datur*]: o es idónea para producir el resultado típico (punible) o es inidónea (atípica), con carácter alternativo, pero no las dos cosas a la vez, de manera acumulativa (*ex ante* tentativa idónea, *ex post* tentativa inidónea).

En el injusto de la tentativa, la resolución de delinquir y la puesta en ejecución (cuando menos incipiente) constituyen el fundamento de la antijuricidad del acto típico⁴⁸. Al no poderse determinar por la mera ejecución del comportamiento objetivo el tipo legal cuya concreción pretende realizar el autor, se estimó que el dolo fundamenta el injusto en la tentativa. Ello fue visto con precisión por el sistema finalista de la acción, que se sirvió de este entendimiento para argumentar que, si el dolo en la tentativa constituye un elemento subjetivo de injusto, ha de seguir reconociéndosele en la consumación, si no se quiere incurrir en un absurdo lógico y en un inadmisibles defecto dogmático.

Ante tal consideración cabe adoptar una de estas posiciones: o se admite el planteamiento que entiende que el dolo es elemento subjetivo de injusto en todo momento ejecutivo y con referencia a todo tipo de delito doloso; o se esclarece exactamente la auténtica naturaleza y real funcionalidad del dolo en la realización del tipo legal. La primera hipótesis fue propugnada por la doctrina finalista, con todo el rigor lógico que le sirve de fundamento, bien que desde una perspectiva unilateral y sesgada de la problemática del injusto que viene a conducir a un indefectible sofisma.

En sentido crítico son de efectuar determinadas consideraciones sobre la estructura del injusto. ¿En realidad, el dolo fundamenta el injusto en la estructura sistemática del delito en el grado ejecutivo imperfecto de la tentativa? Al

⁴⁷ TORÍO LÓPEZ, Ángel, Indicaciones, pp. 178 s. Vid., en este mismo sentido, Michael KÖHLER, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg, 1997, p. 459.

⁴⁸ Ejemplo: quien dispara con ánimo de delinquir un arma de fuego contra un objetivo situado a una distancia en que puede ser alcanzado por el proyectil, no llegándose a producir el impacto por causa ajena, responderá por delito en grado de tentativa (homicidio, lesiones, daños, amenaza, coacciones, caza ilegal...), decidiéndose el tipo legal según el propósito del autor (dar muerte a su enemigo, lesionarle, o amenazarle, o causarle determinados perjuicios, o cobrar una pieza de caza no permitida...).

respecto procede distinguir las diversas hipótesis legales⁴⁹. El dolo cumple en el injusto de la tentativa las siguientes funciones dogmáticas:

– En los delitos objetivamente configurados, el dolo en la tentativa permite identificar el tipo que el autor pretende concretar y fundamentar el injusto del acto ejecutivo imperfecto, mostrándose como un elemento subjetivo del injusto inauténtico, impropio, que no comparte la naturaleza propia de este componente típico y que solo de manera esporádica asume un cometido de factor determinante de injusto que pierde al alcanzarse la consumación delictiva.

– En los delitos subjetivamente configurados (que incorporan singulares elementos subjetivos del injusto), el dolo es plenamente inoperante en uno y otro de los cometidos dogmáticos indicados, tanto en la tentativa como en la ejecución plena. En los delitos portadores de elementos subjetivos del injusto, el conocimiento doloso es insuficiente y carece de relevancia para decidir la tipicidad y fundamentar el injusto en las respectivas hipótesis típicas, en cuyo ámbito la presencia del dolo acreditaría sólo el hecho de la existencia de una conducta que no concreta el tipo ni en la tentativa ni en la consumación ante la ausencia del singular elemento subjetivo del injusto requerido en la descripción positiva.

V. *EXCURSUS*. CONOCIMIENTO DOLOSO Y SINGULAR ELEMENTO SUBJETIVO EN EL CONSENTIMIENTO

El propio formulador de la teoría de los elementos subjetivos del injusto puso de relieve que el aspecto cognitivo es determinante en orden a la exclusión de la antijuricidad en el ámbito del consentimiento: el exacto conocimiento y la aceptación del ofendido fundamentan la justificación de la conducta, en tanto que la falta de conocimiento de la retracción del consentimiento por error vencible del lesionado opera como causa de inculpabilidad⁵⁰.

⁴⁹ En los supuestos en que (como en el ejemplo del disparo) en base a la realización objetiva no cabe determinar el objetivo a que se dirige el acto ejecutivo imperfecto, el dolo desempeña una función selectiva de la concreción típica, al indicar el tipo que el sujeto trata de cumplir, y una esporádica función determinante de injusto en la tentativa en los delitos objetivamente configurados. En las hipótesis en que los actos ejecutivos revelan el tipo que el autor pretendía realizar, tratándose de figuras legales que no incorporan la exigencia de ningún elemento subjetivo del injusto, el dolo cumpliría la función de fundamentación del injusto típico. En los tipos legales portadores de la exigencia de un singular elemento subjetivo del injusto en el autor (v.gr., el ánimo de lucro en el hurto), el dolo por sí no colma ninguno de los dos cometidos señalados, pues en la medida en que el tipo requiere un momento anímico trascendente del dolo, éste no delimita el tipo que el autor pretende concretar (v.gr., si se trata de un hurto o de una perturbación posesoria atípica) ni constituye fundamento subjetivo de la antijuricidad de la conducta típica.

⁵⁰ FISCHER, Hans Albrecht, *Die Rechtswidrigkeit*, pp. 273 ss., 281 ss.

Profundizando en la sugerente línea de una delimitación categorial entre el injusto típico y la causa de justificación, en la moderna dogmática penal, se ha erigido la representación subjetiva del hecho típico en la tentativa en auténtico contrapunto de la determinación del elemento subjetivo de justificación en el consentimiento presunto⁵¹.

Con independencia de la nomenclatura en las designaciones terminológicas, se entiende que la representación subjetiva en la justificación es en buena medida semejante, pero a la inversa, a la representación subjetiva del hecho típico en la tentativa⁵². En ambos casos –a los que se refiere la representación subjetiva– el conocimiento del autor ha de abarcar los respectivos elementos objetivos del injusto típico o de la justificación de la conducta.

Como acertadamente se ha expresado, en las aludidas hipótesis de fundamentación del injusto o exclusión de la antijuricidad, asume una especial relevancia la contingencia de la concurrencia de error sobre los presupuestos de la justificación⁵³, viniendo a mostrar también en este plano un paralelo significativo dogmático con la hipótesis del error sobre los presupuestos del injusto.

Una amplia aplicación ha encontrado esta doctrina en el ámbito de tratamientos médicos e intervenciones quirúrgicas en el curso de los cuales se producen resultados lesivos para un bien jurídico personal, por virtud del ejercicio de una actividad que no es acorde a una praxis respetuosa de la *lex artis*, o que no observa las exigencias de la información debida y del otorgamiento de válido consentimiento por el afectado, al margen las situaciones de estado de necesidad.

En su estructura global el tipo legal contiene todos los elementos por los que se determina si un comportamiento ha de valorarse como injusto penalmente relevante. La formal delimitación entre tipo objetivo y tipo subjetivo representa una cuestión de índole clasificatoria, pues la clave estriba en diferenciar los elementos positivos referidos al substrato psíquico e intelectual del autor y los de índole objetiva que integran el tipo. El elemento cognitivo del dolo encierra ya un pronóstico: actúa dolosamente quien parte de la base de que su comportamiento, con cierta probabilidad, producirá un resultado típico; y del mismo modo *sensu contrario* el conocimiento de los presupuestos de

⁵¹ DE VICENTE REMESAL, Javier, La representación subjetiva del hecho típico en la tentativa: un criterio paralelo contrapuesto para determinar el elemento subjetivo de justificación en el consentimiento presunto, en Libro Homenaje al Profesor Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Liber amicorum Derechos humanos y Derecho penal, Directores-Editores: Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ, José Ramón SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, Eduardo DEMETRIO CRESPO, Ana Isabel PÉREZ CEPEDA, Miguel Ángel NÚÑEZ, Paz Laura ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Nieves SANZ MULAS, tomo II, Ediciones Universidad de Salamanca, 2022, pp. 137 ss.

⁵² DE VICENTE REMESAL, Javier, La representación subjetiva, LH-Berdugo, p. 138.

⁵³ DE VICENTE REMESAL, Javier, La representación subjetiva; LH-Berdugo, pp. 142 s.

justificación acredita la fidelidad a la norma por parte de quien realiza un acto típico⁵⁴.

Establecida la debida delimitación entre dolo y elemento subjetivo del injusto, requiriéndose para el reconocimiento de éste la previa concurrencia de aquél en sus diversas modalidades posibles de manifestación (directo de primer y segundo grado, condicionado o eventual)⁵⁵, corresponde extender el paralelismo estructural del singular componente subjetivo exigido en el injusto típico a la esfera del consentimiento.

La relevancia dogmática del consentimiento presupone el cabal conocimiento del exacto sentido de la conducta para la que el mismo se otorga (previo o actual, real o presunto), y además la cualidad de la disponibilidad del bien jurídico por su titular. Deviene plenamente inválido el consentimiento viciado, por haber sido obtenido por medio de violencia, fraude, engaño o cualquier causa determinante de error, así como el que afecta a bienes jurídicos que no son individualmente disponibles conforme a su naturaleza (carácter colectivo o supraindividual, o índole personalísima por mor de singular resolución).

Respecto a la configuración típica, para determinar el alcance de validez del acuerdo otorgado por el titular del bien disponible, se ha de distinguir –una vez más– entre los tipos meramente dolosos y los tipos que son portadores de singulares elementos subjetivos del injusto.

En los delitos dolosos, es de atender al preciso alcance del dolo requerido en el tipo legal para determinar la validez del consentimiento, de forma que el conocimiento subjetivo de justificación opera como factor paralelo y contrapuesto al dolo de la realización del injusto⁵⁶, y la contra-norma de justificación contempla supuestos de excepción a la prohibición penal⁵⁷.

En los delitos subjetivamente configurados, no resulta suficiente el criterio del conocimiento doloso de los elementos objetivos del tipo, sino que se requiere además la constancia de la positiva concurrencia de los singulares

⁵⁴ KINDHÄUSER, Urs, El tipo subjetivo, traducción de Juan Pablo MAÑALICH, en KINDHÄUSER, Urs / POLAINO-ORTS, Miguel / CORCINO BARRUETA, Fernando, Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho penal, Prólogo de Miguel POLAINO NAVARRETE, Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Huánuco, serie: Minor, número 5, Editora Jurídica Gijley, Perú, 2009, pp. 173 ss., 200 ss.

⁵⁵ SCHRÖDER, Friedrich-Christian, Entre la intención y el dolo eventual, pp. 123 ss., 139 ss.

⁵⁶ DE VICENTE REMESAL, Javier, La representación subjetiva, LH-Berdugo, pp. 137 ss.

⁵⁷ KAUFMANN, Armin, Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, en «Festschrift für Hans WELZEL zum 70. Geburtstag am 25. März 1974», herausgegeben von Günther STRATENWERTH, Armin KAUFMANN, Gerd GEILEN, Hans Joachim HIRSCH, Hans-Ludwig SCHREIBER, Günther JAKOBS, Fritz LOOS, Walter de Gruyter, Berlin, 1974, p. 399.

elementos subjetivos del injusto, a efectos de conferir relevancia al consentimiento como causa de justificación o de atipicidad.

Estimándose que el suceso es incumbencia del que consiente, el sujeto sólo podrá disponer de los bienes subjetivos que conforman su constitución como persona responsable, siendo el ejercicio de libertad presupuesto del actuar a propio riesgo⁵⁸. Con base metodológica en este planteamiento dogmático funcional normativo, se considera que no procede distinguir entre acuerdo excluyente del tipo y consentimiento excluyente de la antijuricidad, pues en ambos casos conceptualmente no habría lesión desde el punto de vista normativo⁵⁹.

En el tratamiento de cuestiones como la ahora suscitada, de singular relevancia tanto teórica como práctica, es esperanzadoramente revelador el signo de una progresiva evolución como la experimentada en secular desenvolvimiento por una Dogmática penal que no conoce tregua, y en la que magistralmente se ha proclamado que la imputación objetiva, el dolo, la tentativa, la autoría, la participación, la omisión y la punibilidad, y aun más: la total teoría del injusto jurídico-penal, puede desarrollarse y sistematizarse a partir de la idea de la protección de bienes jurídicos⁶⁰.

⁵⁸ JAKOBS, Günther, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und Zurechnungslehre*. Lehrbuch, 2. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 1991, §7, nm. 104, 125 ss.

⁵⁹ POLAINO-ORTS, Miguel, ¿Acordar o consentir la autolesión? Efectos de la aprobación en actividades de riesgo, en KINDHÄUSER, Urs/POLAINO-ORTS, Miguel, *Normativismo en Derecho penal. Estudios de Dogmática jurídico-penal*, Presentación de Jorge Eduardo BUOMPADRE, ConTexto, Resistencia – Chaco, 2011, pp. 171 ss., 208.

⁶⁰ ROXIN, Claus, La idea del bien jurídico en la teoría del injusto penal, en ROXIN, Claus / POLAINO NAVARRETE, Miguel/POLAINO-ORTS, Miguel, *Dogmática penal y Política criminal. Cuestiones fundamentales para el nuevo sistema de Justicia penal*, Prólogo de Miguel POLAINO NAVARRETE, Flores Editor y Distribuidor, S. A. de C. V., Editorial Flores, México, D. F., 2015, pp. 79 ss., 101.

CAPÍTULO XXX

ALGUNOS SUPUESTOS EN LOS QUE EL *COMPLIANCE OFFICER* (CO) INCURRE EN RESPONSABILIDAD PENAL OMISIVA

GUILLERMO PORTILLA CONTRERAS
Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Jaén

I. RESPONSABILIDAD PENAL OMISIVA DEL CO

No hay una fórmula mágica que nos permita resolver todos los supuestos que pueden plantearse ya que las obligaciones del CO van a depender de si dispone o no de capacidad ejecutiva¹. En el caso de que no pueda adoptar medidas disciplinarias, es posible que su cometido acabe en el instante en que informa al órgano de administración de los defectos del *compliance* o del peligro de ciertos riesgos delictivos. En ese caso, será este último el único responsable de no llevar a cabo la interposición de las medidas preventivas. A la par, habrá que acreditar el contenido concreto de las materias asumidas por el CO y las que realmente podía controlar en las distintas fases de ejecución del delito, desde los actos preparatorios hasta la consumación. También debe analizarse, cuál sería su responsabilidad por el conocimiento de un delito que ya ha sido cometido y del que no tuvo noticia.

¹ En el desierto jurisprudencial con el que se trabaja en esta materia, hay que resaltar la conocida Sentencia del Tribunal Supremo alemán (BGH Urt.v. 17.7 2009-5. StR394/08), en la que se condenó a un *Compliance officer* como cómplice por omisión en un delito de estafa. El motivo fue no haber informado a los superiores jerárquicos de los errores que existían en las tarifas aplicadas. Una información que hubiese permitido al órgano de administración evitar la comisión del delito. Sobre este asunto se han pronunciado ROTSCH, *Garantenpflicht aufgrund dienstlicher Stellung*, *Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS)*, 6/2009, pp. 712 ss; BEULKE, *Der Compliance officer als Aufsichtsgarant?*, FS-Geppert, 2011, p. 23.

Los criterios que nos van a permitir determinar la responsabilidad por una participación omisiva del CO deben ser²: que se esté desencadenando un delito de resultado; que la omisión suponga, según las teorías materiales, la infracción de un deber jurídico de actuar. La posición que se defiende es que el CO ostenta la posición de garante de control y vigilancia por delegación del órgano de administración. Lo que significa que debe asumir el control de determinados ámbitos de riesgo delictivos que puedan surgir en el circuito laboral de la empresa, siempre que sea competente para la supervisión, es decir, forme parte de su esfera de responsabilidad; además, el CO debe estar capacitado para realizar voluntariamente la acción que habría dificultado el resultado³. Poseer plena capacidad para intentar, desde una perspectiva objetiva *ex ante*, neutralizar esos focos de peligro que dan lugar al delito (autoría) o, al menos, dificultar la producción del resultado (participación). No obstante, es preciso reconocer, al ser físicamente imposible, que el CO ejerza el control de todo lo que pueda llegar a ocurrir en una entidad y, más aún, que el conocimiento de toda la normativa mercantil, administrativa o penal recaiga en una sola persona⁴. Por último, el hecho de no dificultar la acción de riesgo no permitido debe equivaler a la cooperación o complicidad activa. Se haya omitido una acción de control o vigilancia que, con probabilidad rayana en la certeza, hubiera dificultado la acción peligrosa y, en consecuencia, el resultado. Como se ha mostrado, pese a las diferencias ontológicas entre la estructura comisiva y la de comisión por omisión, tal desigualdad desaparece en un plano normativo. En lugar del dominio del curso causal de la aportación del partícipe al hecho dominado por el autor comisivo, en la omisión impropia nos interesa la ausencia de control del partícipe omitente sobre el riesgo típico que genera o incrementa el peligro de lesión⁵.

La posición de garante, en sí misma, nunca será suficiente para imputar la responsabilidad penal. El omitente garante debe tener plena capacidad para llevar a cabo las acciones de control, asumir voluntariamente tal obligación, renovar tal acuerdo en el instante de comisión del delito, y las medidas a aplicar deben encontrarse dentro de su esfera de organización. Es imprescindible que exista una equivalencia normativa estructural respecto al tipo de partícipe, siendo una valoración normativa, de equivalencia funcional⁶. Desde una perspecti-

² Alguno de estos elementos se encuentran contenidos en el artículo 11 CP.

³ Sentencia del Tribunal Supremo. SP 1.ª Sentencia 363/2007 de 28 de marzo. (RJ/2007353).

⁴ Cfr. MORENO DE LA SANTA GARCÍA. La función de apoyo del Compliance Officer a los administradores de sociedades de capital. Distribución de Deberes y Responsabilidades, Revista de Derecho Bancario y Bursátil, 151/2018, Editorial Aranzadi, 2018, pp. 259-290.

⁵ Tribunal Supremo SP1.ª Sentencia 542/2012 de 21 de junio. RJ/2012/9054.

⁶ Tribunal Supremo SP1.ª Sentencia 542/2012 de 21 de junio. RJ/2012/9054.

va *ex ante* debe desprenderse el desvalor de la omisión, una falta de control que genera o aumenta el riesgo no permitido dando lugar al resultado. Además, la identidad o equivalencia debe, reitero, actualizarse respecto a la capacidad de control del partícipe omitente de la situación de riesgo y la que posee el partícipe activo sobre el proceso causal. Concretamente, en el CO nos referimos a la asunción voluntaria sobre el control de la fuente de peligro que equivale funcionalmente al dominio material y directo del partícipe activo respecto a su contribución al resultado realizado por un tercero. Del CO se espera que supervise determinados ámbitos de riesgos delictivos de la empresa. En el caso de que *ex ante* pueda concluirse que, de haber aplicado las medidas que omitió, que ha asumido y para las que está capacitado, hubiera disminuido el riesgo de acaecimiento del resultado, entonces hablaríamos de participación por omisión. Por el contrario, si la solución es que de aplicar las medidas de vigilancia se hubiera evitado el resultado, estaríamos ante un supuesto de autoría.

De seguirse los criterios anteriores, el CO sería partícipe omisivo, al asumir voluntariamente la supervisión, por delegación, del plan *compliance*, el control y vigilancia en determinados ámbitos de la empresa, cuando no impide o dificulta, dolosa o faltando la diligencia debida, el delito de un tercero. Puede ocurrir que, conociendo la situación peligro, no quiera perseguirla, poseyendo en todo momento la facultad y obligación de dificultar su realización. De hecho, su inacción no obstaculizó el peligro generado, cuando disponía de conocimientos y capacidad para hacerlo. El resultado es, por tanto, la consecuencia de una acción de riesgo no permitido que no fue entorpecida por quien tenía el deber y posibilidad actualizada de hacerlo⁷. Con esas condiciones, concurren todos los requisitos exigidos para poder estructurar una participación omisiva del garante: un deber especial, no realización de la acción debida, causalidad hipotética, falta de control del riesgo no permitido, no dificultar la ejecución, voluntad de no entorpecer la ejecución, un resultado consecuencia del riesgo no permitido. El CO omite dolosamente cuando, conociendo su concreta posición de garante, asume actualmente el control de una específica situación de peligro, la posibilidad de evitar (autoría) o dificultar la producción del resultado delictivo (participación) y omite desarrollar una acción idónea *ex ante* para la que está plenamente capacitado y tiene posibilidad de realizarla. Salvo que se acepte la teoría del dolo cognitivo, donde es suficiente el conocimiento de los elementos de la vertiente objetiva del tipo, hay que exigir, conjuntamente, la voluntad del CO de que ese resultado se perpetre o, cuanto menos, se lo

⁷ Sobre omisión tras ingerencia previa. Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo. SP 1.ª Sentencia 363/2007 de 28 de marzo. (RJ/20073533).

plantee como probable y le resulte indiferente la consumación. De otro lado, en aquellos supuestos en los que el CO desconoce el inicio de la comisión del delito (tentativa), se debería resolver en el ámbito del error de tipo.

Como garante de control por delegación, el CO debe neutralizar o, al menos, dificultar los riesgos creados por fuentes de peligro que tiene bajo su control⁸. Solo se imputaría el resultado de aceptarse que el ejercicio de la acción debida omitida hubiera evitado o dificultado el resultado con una probabilidad cercana a la certeza (*Gleichstellungsfrage*» –cuestión de posición de equivalencia– entre el actuar, realizando o facilitando la comisión del delito, y el no impedir o dificultar un resultado típico). En conclusión, el CO es garante si ostenta una posición de control, si con su omisión no evita o dificulta el resultado, siempre y cuando tenga el control actual de los factores que dan lugar al resultado. Además, no debe olvidarse, deben cumplirse los criterios de imputación objetiva del resultado a la omisión⁹.

El CO no tiene un efectivo poder de dominio sobre los elementos que conducen al resultado, tan solo puede ejercitar medidas que podrían, en determinados casos, conducir a evitar y, en otros, a dificultar el resultado. A lo que se compromete el CO es a evitar o a obstaculizar el actuar ilícito de un tercero dentro de la persona jurídica. Al ostentar el poder de vigilancia por delegación del órgano de administración, que es el garante primario, éste responderá, bien por una elección poco cuidadosa del órgano de cumplimiento, bien por una transferencia de competencias no acompañada de la transmisión de los poderes necesarios para cumplirlos¹⁰.

De inicio, puede afirmarse que serían atípicos los casos en los que el CO ejercita, con arreglo a la adecuación social, las medidas de vigilancia y control de *compliance*, aunque el delito se realice por un tercero dentro de su ámbito de organización. El fundamento de la atipicidad es que habrá cumplido con los estándares de cuidado, actuando dentro del riesgo permitido, sin sobrepasarlo. Tampoco concurre la imputación si el resultado producido no es la realización de ese riesgo no permitido originado por la no intervención del garante.

⁸ Cfr. KAUFMANN, Die dogmatik del Unterlassungsdelikte, Göttingen, 1959, pp. 283 ss.

⁹ En línea con lo expuesto, el Tribunal Supremo alemán, en materia de medio ambiente, determinó la responsabilidad como garante de un alcalde que toleró la introducción de aguas residuales contaminadas en el alcantarillado de la comunidad y, desde allí, igualmente contaminadas, en un río. Cfr. BGHSt 38, pp.325 ss. La sentencia es acertada puesto que el alcantarillado formaba parte del ámbito de dominio del alcalde, y su omisión era equivalente a la comisión.

¹⁰ Como señala TURIENZO FERNÁNDEZ, La asunción por el CO de un compromiso material de control orientado a asegurar la oportuna operatividad del CMS de la organización en pos de una adecuada prevención delictiva. Cfr. La responsabilidad penal del compliance officer. Madrid, Marcial Pons. 2021, pp. 131 ss.

Retornando a la vertiente subjetiva, en los casos de participación por omisión, el dolo se verifica cuando el CO, decide no actuar, conociendo su deber de garante y de la situación de hecho que origina la necesidad de dificultar la realización del resultado por un tercero. El dolo debe abarcar la posición de garante, las circunstancias que fundamentan la posibilidad de actuar y el peligro objetivo de producción del resultado¹¹. Por el contrario, será imprudente la participación omisiva cuando, siendo previsible, no se ejercita el cuidado debido, se desconoce la situación de hecho que genera el deber de actuar o se carece de los conocimientos imprescindibles sobre su propia capacidad para llevar a cabo las medidas adecuadas para dificultar el resultado. Puede ocurrir, igualmente, que siendo conector de todos los requisitos anteriores y las medidas que deben adoptarse, éstas se apliquen incorrectamente o fuera de tiempo¹². De cumplirse las situaciones anteriormente citadas, la realización de un resultado lesivo, la causalidad hipotética entre la omisión descuidada del garante y resultado, los criterios de imputación objetiva del resultado, puede concluirse que la medida omitida era adecuada para obstaculizar la acción de riesgo no permitido que desembocó en el resultado¹³. Sería doloso el comportamiento omisivo del CO, tanto si consiente la comisión del delito por un tercero, bajo su esfera de organización, como si no hace nada por evitarlo o dificultarlo.

Si el CO desconoce en el momento de inicio de la tentativa que el tercero está ejecutando el delito, y tal ignorancia tiene su origen en una negligencia en el deber de garante, habría que aplicar el error de tipo y, de ser vencible, comprobar si el delito admite la sanción de la imprudencia¹⁴.

¹¹ Cfr. Sentencia Audiencia Provincial Tarragona 32/2003 de 3 de febrero. JUR/2003/139459

¹² En la STS 716/2009 de 2 de julio se dice: «pudiendo sancionarse penalmente, a título de comisión por omisión imprudente, a quien lesiona su deber de garante de adoptar determinadas medidas de seguridad o de controlar comportamientos ajenos peligrosos, siempre y cuando el resultado lesivo hubiera sido evitado a través del cumplimiento de ese deber con probabilidad rayana en la seguridad y que ello fuera previsible para el omitente».

¹³ La STS 2 de julio de 2009 (RJ 2009/5976) aplica la comisión por omisión imprudente cuando se desconoce o no se representa adecuadamente la situación típica. Se ignora su capacidad, esto es, erróneamente se considere incapaz para llevar a cabo la acción debida considerada ex ante necesaria para evitar el resultado antijurídico. No consiga evitar el resultado antijurídico debido a la forma descuidada o inadecuada con la que ejecuta la acción debida. Cfr. TURIENZO FERNÁNDEZ, La responsabilidad, 2021, p. 189.

¹⁴ Salvo cierta modalidad de insolvencia punible del artículo 259.3; el blanqueo de capitales del art. 301.3; el delito medio ambiental del art. 331; ciertos delitos contra la salud pública del art. 367, la gran mayoría de los delitos que pueden ser cometidos por las personas jurídicas no sancionan la modalidad imprudente: estafas; datos informáticos; algunas figuras del delito contra la propiedad industrial; delito de difusión, revelación o cesión de secretos de empresa del artículo 278.2, 279; facturación de cantidades superiores, artículo 283; ciertas figuras del delito de alteración de precios art. 284; abuso de información privilegiada en el mercado bursátil; delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social; delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros; algunos delitos de riesgo catastrófico, artículo 353; tráfico de influencias. Cfr. GÓMEZ MARTÍN/TURIENZO FERNÁNDEZ. El órgano de cumpli-

Sintetizando, los requisitos exigibles para admitir tanto la participación omisiva –cooperación necesaria (coautoría) omisiva de garante de la cooperación no necesaria pero eficaz (complicidad) omisiva, son los siguientes: debe concurrir un elemento objetivo constituido por una omisión de garante, la falta de aplicación de medidas necesarias, que, en el caso de participación como cooperación necesaria, contribuye decisivamente al resultado típico, pues una hipotética intervención lo habría impedido. En caso de la complicidad, cuando una hipotética realización de las medidas de control hubiera dificultado el resultado. Además, debe constatarse un elemento subjetivo (dolo), cooperar necesariamente al resultado con la omisión del control exigido que hubiera impedido (coautoría) o no dificultado (complicidad). Se habla de complicidad omisiva cuando la abstención no resulta imprescindible, ni necesaria para la consumación delictiva, pero no obstaculiza la realización del delito¹⁵. En la equivalencia con la autoría –con la autoría material, con la cooperación necesaria– y en el grado de la equivalencia con la complicidad, la relación de causalidad hipotética será muy diferente en cada uno de los casos. Comisión por omisión en grado de autoría existirá cuando pueda formularse un juicio de certeza, o de probabilidad rayana en la certeza, sobre la eficacia que había tenido la acción omitida para la evitación del resultado. Confirmada la causalidad hipotética habría que demostrar que la omisión no impidió el desarrollo del riesgo no permitido que generó el resultado. Comisión por omisión en grado de complicidad existirá, por su parte, cuando el mismo juicio asegure que la acción omitida habría dificultado de forma sensible la producción del resultado, que no obstaculizó el riesgo no permitido generado por un tercero, lo que equivaldría a decir que la omisión ha facilitado la producción del resultado en una medida que se puede estimar apreciable¹⁶. Si no puede establecerse un juicio de «certeza» sobre si la hipotética intervención del omitente hubiera inevitablemente impedido la acción del autor, no se puede hablar de autoría

miento o compliance officer. En Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte general y Parte Especial. Tomo 2. Tirant lo Blanch. Valencia. 2020, p. 196.

¹⁵ Cfr. Sentencia Tribunal Supremo SP1.ª 542/2012 de 21 de junio. RJ/2012/9054.

¹⁶ Sentencia Audiencia Provincial de Alicante 55/2016 de 5 de febrero. JUR/2016/142926, que suscita la tesis de la STS 1538/2000.

por comisión por omisión. Pero eso no significa que no pueda afirmarse que la actuación omitida pudo dificultar el peligro generado¹⁷.

1. Supuestos en los que el CO es partícipe omisivo del delito que no dificulta

a) LA OMISIÓN DEL ADECUADO DISEÑO, IMPLEMENTACIÓN, GESTIÓN O ACTUALIZACIÓN DE LAS MEDIDAS DE *COMPLIANCE*

El artículo 31 bis.2 y 4 CP, establece la necesidad que tienen las personas jurídicas de generar un método de prevención de riesgos delictivos que *ex ante* sea idóneo para prevenir la comisión de determinados delitos dentro de la organización. En ese modelo, siguiendo la norma UNE, el órgano de administración es el máximo responsable. No obstante, como se ha analizado, el CO, por delegación, ha asumido la supervisión del buen funcionamiento de *compliance*. Pues bien, puede ocurrir que el diseño del modelo de prevención de riesgos delictivos asesorado por el CO, cumpliendo mínimos de diligencia debida, adopte medidas que resultan insuficientes para combatir los riesgos delictivos. Al igual, es posible que el *compliance* esté perfectamente construido y el delito sea realizado por un tercero que está bajo la esfera de control del CO. El resultado se produce pese a cumplir con el sistema de vigilancia y control, estimado, *ex ante* como adecuado. En este supuesto, hay que recordar que no se puede imputar objetivamente el resultado a la omisión previa si no se ha creado un riesgo superior al permitido, según el *status* del omitente, cuando la omisión disminuya el peligro ya existente o cuando no lo acrecienta ampliamente¹⁸. Si el CO ejerce las medidas de vigilancia y control de *compliance* adecuadas socialmente, aunque el delito se cometa en ese ámbito por un tercero, el CO habrá cumplido con los estándares de cuidado, actuando dentro del riesgo permitido sin sobrepasarlo. Tampoco se daría la imputación si el resultado producido no es la realización de ese riesgo no permitido que se ha creado con la no intervención del garante. Al igual, no sería responsable penalmente si el órgano de administración no satisfizo la necesidad de canales de denuncia establecidos en el *com-*

¹⁷ En ese caso, cuando no pueda afirmarse que la acción omitida tenía capacidad para impedir el resultado, existe la opción de sancionarla por no dificultarlo (complicidad). Cfr. Sentencia Audiencia Provincial Alicante 170/2004 de 22 de marzo JUR/2005/3183.

¹⁸ BLANC LÓPEZ, La responsabilidad penal del compliance officer. Tesis dirigida por GARCÍA ALBERO. Lleida. 2017, pp. 358 ss.

pliance y el CO (que denunció este hecho) no ha podido llegar a tener un conocimiento del inicio del delito¹⁹. Sería un supuesto de error de tipo invencible.

Salvo esos casos, el CO puede ser calificado como partícipe por omisión cuando contribuya a elaborar un sistema de *compliance* imperfecto, lleno de errores, absolutamente ineficaz, debido a la carencia de conocimientos necesarios o, poseyéndolos, por falta de la diligencia debida. A la par, incurre en esa responsabilidad si no traslada la información (reporte) al órgano de administración, o le trasfiere solo una parte de los errores e incumplimientos advertidos en la implementación del *compliance*, o no le informa de los posibles riesgos delictivos que ha descubierto. Incluso podría ser coautor en el caso de disponer de competencias ejecutivas, si no activa conscientemente el sistema disciplinario para combatir el delito y prevenir otros futuros.

Del mismo modo, podría plantearse su responsabilidad penal si no adapta el modelo *compliance* a las últimas reformas legislativas, sobre todo a las de carácter mercantil y penal; si no se actualiza e informa a los miembros de la organización de unos cambios que pueden repercutir directamente en la comisión de delitos; si bloquea, obstaculiza el sistema de denuncias internas, impidiendo conocer el inicio del delito; si adopta medidas discriminatorias contra el trabajador que denuncie alguna situación presumiblemente delictiva. Por supuesto, tal como se expuso en páginas anteriores, al ostentar una cotitularidad compartida, el órgano de administración responderá penalmente si, teniendo conocimiento de las omisiones del CO, no evita o dificulta el delito del tercero²⁰.

De otra parte, hay que resolver los supuestos en los que el *compliance* diseñado por el CO no ha previsto la comisión de determinado delito o, habiéndolo previsto, no se han adoptado las mínimas medidas de control. Si el delito finalmente acontece, habría que comprobar si el error cometido por el CO entra en la esfera del riesgo permitido, esto es, si el análisis que realizó, puede estimarse *ex ante* como adecuado socialmente, si se han cumplido los presupuestos generalmente aceptados. De ser así, la evaluación incorrecta del CO difícilmente podrá interpretarse que provoca un aumento del riesgo de comisión del delito, si éste ya existía antes de la evaluación incorrecta. Otra cuestión es cuando el delito se realiza precisamente por la previsión incierta del CO. Es decir, la omisión del CO, por falta de la diligencia debida, infringió el deber de cuidado, generando o incrementado el riesgo no permitido que culmina en el resultado. Se trataría como un error de tipo. Si cualquier otro CO hubiera llegado a la misma conclusión en el desarrollo del método aplicado, el error sería

¹⁹ La responsabilidad penal del «compliance officer» URBANO CASTRILLO. Revista Aranzadi. num.4/2016 Editorial Aranzadi.

²⁰ Cfr. La responsabilidad penal del «compliance officer». URBANO CASTRILLO. Revista Aranzadi 4/2016, Editorial Aranzadi.

invencible. Asunto diferente es si el examen realizado es objetivamente *ex ante* insuficiente, por incapacidad del CO, al carecer de los conocimientos necesarios, o, simplemente, cuando, gozando de la instrucción precisa, no creyó seriamente en la existencia de delito, por descuido grave. El error entonces sería de carácter vencible y la conducta imprudente, siempre que el delito permita la sanción de esa modalidad subjetiva²¹. El mal diseño del *compliance*, que facilita la realización del delito, al no dificultarlo, da lugar a la participación omisiva imprudente del CO. Igualmente, sería imprudente su participación cuando, al no actualizar periódicamente sus conocimientos sobre las reformas legales, esencialmente las penales, facilita la comisión del delito. Probablemente, muchos supuestos serán casos de culpa inconsciente, por no llegar a conocer el riesgo generado o incrementado con su omisión²².

2. Responsabilidad del CO por no evitar el delito de terceros bajo su ámbito de control

En un inicio, podría pensarse que la comisión de un delito por un tercero autorresponsable niega la imputación objetiva del resultado a la omisión del CO. Sin embargo, nada más lejos de la realidad. Al asumir las funciones de control y vigilancia del riesgo de ilícitos, generado por un tercero responsable en su ámbito de organización, tiene el deber de evitar o dificultar esa acción de riesgo no permitido²³. En consecuencia, será partícipe omisivo cuando, siendo conocedor de un delito flagrante cometido por un tercero autorresponsable, con conocimiento de los elementos de la vertiente objetiva del tipo penal, opte por no impedirlo o entorpecerlo²⁴. Habrá que determinar en esos casos si estamos ante una coautoría– cooperación necesaria– o complicidad doloso omisiva. Igualmente, sería partícipe por omisión dolosa, cuando, una vez establecidas previamente todas las medidas de control idóneas para evitar la comisión de delitos, el CO las aplica, conscientemente, a destiempo. En ese supuesto, el CO dispone de un conocimiento concreto de los elementos del delito y sabe

²¹ Cfr. TURIENZO FERNÁNDEZ, La responsabilidad, 2021, p. 194.

²² *Ibid*, p. 201.

²³ Cfr. BLANC LÓPEZ, La responsabilidad penal del Compliance officer. pp.363 ss.

²⁴ Según LASCURAIN, el CO respondería como autor, si actúa como un delegado de un deber de garantía del que sea titular la empresa, de que no se cometan determinados delitos que sean expresión de los riesgos productivos de la empresa. También podría ser autor por sus funciones delegadas bien de supervisor del empresario garante-delegante, bien de detector de riesgos. Aunque lo normal, según Lascurain, es que su responsabilidad penal lo sea como partícipe por incumplimiento de sus tareas de investigación de un delito denunciado, que el delito no se haya terminado de consumar y que el CO (Ryan) sea consciente de ello y la contribución que presta con su inactividad. Cfr. Salvar al soldado Ryan. (Sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento) LASCURAIN, en AA. VV. (dir. MIR/CORCOY/GÓMEZ), Responsabilidad de la empresa y compliance, Buenos Aires -Montevideo (BdeF), 2014, pp. 301-337.

que su omisión no va a permitir dificultar la realización del mismo²⁵. A este tenor, incurriría en una participación dolosa omisiva si no actualiza las medidas de vigilancia y control, siendo conocedor de que su inactividad va a permitir no obstaculizar el desarrollo del delito de un tercero que, precisamente, comete el delito ante la falta de actualización²⁶.

²⁵ Cfr. TURIENZO, La responsabilidad, 2021, p. 198.

²⁶ TURIENZO, La responsabilidad, 2021, p. 200.

CAPÍTULO XXXI

VEINTICINCO AÑOS DE IGNORANCIA DELIBERADA: UN ANÁLISIS CRÍTICO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO^{1*}

RAMON RAGUÉS I VALLÈS

Catedrático de Derecho Penal. Universitat Pompeu Fabra. Barcelona

A principios del año 2000 el Tribunal Supremo dictó la primera sentencia en la que recurrió a la llamada doctrina de la ignorancia deliberada². En consecuencia, pronto se cumplirán veinticinco años desde que la Sala Segunda asumiera esta teoría, que aparece ya citada en más de trescientas resoluciones propias y en más de tres mil en el conjunto de la jurisdicción penal. Tal circunstancia invita a reflexionar –con los límites propios de esta contribución– sobre el estado actual de la jurisprudencia en esta materia y a preguntarse si realmente la incorporación de esta categoría, procedente del Derecho angloamericano, ha aportado algo relevante a la regulación del tipo subjetivo propia de sistemas continentales como el español³. Unas reflexiones con las que qui-

¹ * La redacción del presente trabajo se enmarca en la ejecución del proyecto de investigación «La imputación subjetiva en el Derecho penal económico», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (Referencia PID2020-115863GB-I00/MICIN/AEI/10.13039/511100011033).

² Se trata de la STS 1637/1999, dictada a fecha 10 de enero de 2000 (ponente Giménez García).

³ La obra en inglés más completa sobre la materia hasta la fecha es, sin duda, SARCH, *Criminally Ignorant. Why the Law Pretends We Know What We Don't*, Nueva York, 2019. La primera monografía en español RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Barcelona, 2007, que resume la jurisprudencia de la Sala Segunda en los primeros años de aplicación de esta doctrina. Con posterioridad cabe destacar el volumen monográfico dedicado al tema por la revista *Discusiones* 13 (2013), con contribuciones de autores diversos (GRECO, FEJOO SÁNCHEZ, PUPPO Y MANRIQUE, además de quien suscribe). El texto está disponible en <https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/num-13-ano-2014/html/>.

siera sumarme, con todo afecto y gratitud, al merecido homenaje que se tributa con esta obra a la brillante trayectoria académica de Javier de Vicente.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Tras casi veinticinco años empleando con frecuencia la figura de la ignorancia deliberada, la jurisprudencia española todavía *no parece tener claro a qué se refiere* con ella: si se trata de una *cuarta clase de dolo* (además de los tradicionales dolo directo de primer y segundo grado junto con el dolo eventual), si es solo un *supuesto específico de dolo eventual*⁴, o si consiste, más bien, en una *regla probatoria* que permite considerar inverosímiles –y, por tanto, rechazar de plano– ciertas alegaciones de desconocimiento (o de no aceptación) de un acusado respecto a la concurrencia en su conducta de una determinada circunstancia típica⁵.

Entre las resoluciones que atribuyen a esta figura una naturaleza sustantiva *no está claro tampoco si la apreciación de ignorancia deliberada requiere de la existencia de una mínima base de conocimientos*, de tal modo que la intención del sujeto no sea desconocer en absoluto una circunstancia (algo ciertamente difícil), sino negarse a confirmar una información de la que ya sospecha. En tal sentido, se afirma, por ejemplo, en la STS 726/2020 (ponente del Moral García), con indudable voluntad pedagógica, que, con esta «herramienta dogmática», «puede convenirse que quien acepta transportar una maleta por un alto precio desde Colombia a España en un viaje de ida y vuelta casi consecutivo que se le abona, se ha de representar forzosamente la probabilidad de que se le esté encomendado el porte de sustancia estupefaciente, aunque prefiera no comprobarlo; ni, mucho menos, preguntar. Pero seguramente no podría afirmarse el dolo eventual si lo que aparece en la maleta al ser incautada son armas químicas de enorme potencial destructivo. Es necesario representarse, aunque sea como posibilidad, el resultado delictivo».

⁴ Como se afirma, por ejemplo, en la STS 238/2020 (ponente Polo García), en la que se citan varios precedentes en idéntico sentido y se afirma, respecto al caso concreto, que «el acusado tuvo la posibilidad de control de lo que firmaba y responde a título de dolo eventual de los delitos imputados con base a la doctrina de la “ignorancia deliberada”».

⁵ Un ejemplo al respecto en la STS 315/2023 (ponente Sánchez Melgar) en la que se afirma: «cuando se produjo la intervención del SVA las labores de descarga ya habían comenzado trasladando el tabaco al camión en el que se transportaría la mercancía al destino final, de manera que no puede sostenerse, con un mínimo fundamento, que se desconocía el contenido de la carga del contenedor. Estamos en presencia del denominado principio de ignorancia deliberada suficientemente desarrollado para casos similares por esta Sala Casacional».

Con el anterior ejemplo –y en especial con la última frase– quiere ponerse de manifiesto que, para poder hablar de ignorancia deliberada, es necesario un mínimo grado de conocimientos o sospechas. En tal sentido, se añade en la propia resolución, «no es suficiente con argüir que se actuó con desidia; o que era exigible mayor atención; o que es incorrecto y reprochable desentenderse de esos temas; o que la titularidad material hace responsable, sin matiz posible, al obligado tributario de su imprudente indolencia o de un cómodo dejar hacer. Es necesario acreditar que actuó con indiferencia hacia un resultado delictivo imaginado o sopesado; es decir, que prefería no saber precisamente porque se representaba de forma real la posibilidad de que se estuviese incurriendo en una conducta defraudatoria y sin importarle esa consecuencia, ni su contribución a ella».

Con todo, esta última interpretación lleva a preguntarse *qué sentido propio tiene entonces la ignorancia deliberada respecto de los casos clásicos de dolo eventual* y por qué es necesario crear una figura diferenciada. Por otra parte, se trata de una afirmación que parece contradecirse con otros pronunciamientos coetáneos de la propia Sala, que afirma, por ejemplo, en la STS 695/2021 (ponente Hernández García) que, «para que pueda hablarse de ignorancia deliberada –como fórmula alternativa y excluyente del dolo– es necesario que, en el momento de realizar la acción u omisión objetivamente típica, el sujeto no cuente con aquellos conocimientos que permitirían afirmar que ha actuado con el grado de representación exigido por el dolo del tipo en cuestión». Aun de forma más evidente, en el ATS de 10 de diciembre de 2021 que complementa la STS 896/2021 (ponente Hernández García), se afirma que «las claras exigencias cognitivas del dolo, también del eventual, son las que permiten distinguirlo de otras fórmulas de imputación subjetiva como la imprudencia grave, la culpa consciente o la ignorancia deliberada». En esta última sentencia, por tanto, la ignorancia deliberada *se presenta como algo distinto del dolo eventual* y no como una modalidad de este.

Otro aspecto que tampoco queda claro cuando se analiza la jurisprudencia es si, para aplicar esta figura, *el sujeto debe perseguir (o alcanzar) algún tipo de beneficio* derivado de su comportamiento. En pronunciamientos recientes – como el ATS de 15 de junio de 2023 (ponente Martínez Arrieta)– se exige este concreto elemento⁶, que, sin embargo, no aparece en muchas otras decisiones.

⁶ Se dice, concretamente: «se está ante un caso de delincuencia económica de tipo informático de naturaleza internacional en el que los recurrentes ocupan un nivel inferior y sólo tienen un conocimiento necesario para prestar su colaboración, la ignorancia del resto del operativo no borra ni disminuye su culpabilidad porque fueron conscientes de la antijuridicidad de su conducta, prestando su conformidad con un evidente ánimo de enriquecimiento, ya supieran, no quisieran saber –ignorancia deliberada–, o les

No contribuye, desde luego, a disipar las anteriores dudas el hecho de que *esta teoría suela invocarse «a mayor abundamiento»*, es decir, en supuestos en los que, a juicio del Tribunal, ya concurren formas más convencionales –y, si se quiere, más perfectas– de dolo y la mención a la ignorancia deliberada solo se añade en la fundamentación jurídica para subrayar la idea de que, aun con arreglo a esta categoría, el sujeto también merecería ser condenado por un delito doloso.

Por supuesto, tampoco ayuda a precisar el alcance de esta doctrina el –por desgracia, cada vez más habitual– *método de motivación de las sentencias basado en el sistema de «copiar y pegar» fragmentos de resoluciones anteriores*. Una acumulación deshilvanada de argumentos que a menudo contienen matices diversos y que, en ocasiones, son incluso contradictorios entre sí. Un ejemplo paradigmático en tal sentido es la STS 494/2020 (ponente Magro Servet), que cita en apoyo de su decisión favorable a la ignorancia deliberada no solo varias resoluciones de la Sala que contienen perspectivas distintas sobre esta categoría, sino incluso alguna de las resoluciones que rechazan expresamente dicha construcción (como la STS 797/2006, ponente Bacigalupo Zapater). Un literal «rechazo» a esta doctrina que, por cierto, no hace tanto también expresaba la misma Sala en su Sentencia 374/2017 (ponente Varela Castro) sobre el llamado «caso Messi», señalando que «en el derecho vigente no cabe ni la presunción del dolo, ni eliminar sin más las exigencias probatorias del elemento cognitivo del dolo»⁷. Una resolución esta última firmada por algunos de los magistrados que, cuando actúan como ponentes, no dudan en aplicar algunas de las versiones menos restrictivas de esta misma teoría.

Otro buen ejemplo de la confusión que reina en esta materia es otra Sentencia de la misma Sala (STS 468/2020, ponente Magro Servet), en la que se sostiene que, «en los tipos previstos en nuestro Código incurre en responsabilidad, incluso quien actúa con ignorancia deliberada (*willful blindness*), respondiendo en unos casos a título de dolo eventual, y en otros a título de culpa»⁸. Es decir, en esta resolución se admite –sin concretar en qué casos– que *ciertas*

fuera indiferente el origen del dinero que en cantidad tan relevante recibieron. Lo relevante es que se beneficiaron con todo, o, más probablemente, en parte como ‘pago’ de sus servicios, es obvio que prestaron su colaboración eficiente y causalmente relevante en una actividad antijurídica con pleno conocimiento y cobrando por ello no pueden ignorar indefensión alguna».

⁷ Puede encontrarse un comentario a esta resolución en RAGUÉS I VALLÈS, ¿Dolo sin conocimiento? Reflexiones en torno a la condena por defraudación fiscal de Lionel Messi, En Letra: Derecho Penal, 11 (2021), pp. 72-90.

⁸ El pasaje citado proviene de la anterior STS 1034/2005 (ponente Monterde Ferrer), en la que, además, se añade literalmente: «Y ello, tanto si hay representación, considerando el sujeto posible la procedencia delictiva de los bienes, y pese a ello actúa, confiando en que no se producirá la actuación o encubrimiento de su origen, como cuando no la hay, no previendo la posibilidad de que se produzca un delito

formas de ignorancia deliberada pueden dar lugar a imprudencia pero otras a dolo, desmintiendo afirmaciones anteriores de que la concurrencia de esta figura conduce automáticamente a una condena por dolo. Para mayor complicación, en algún fallo (STS 478/2019, ponente Magro Servet) se apela, en casos de invocación de error sobre la edad de menores en agresiones sexuales, a la «teoría» o «tesis» del *desconocimiento interesado* de la edad del menor, que «corre en paralelo y en la misma dirección que otras teorías como la de la ignorancia deliberada bajo las que no se puede construir que la mera ignorancia de los elementos del tipo, en este caso la edad, les exime de responsabilidad penal». Según esta Sentencia, «el autor no puede ampararse en una mera mención acerca de que no sabía la edad que tenía para apelar a un ‘interesado’ error, que no puede ser aplicable cuando existe probanza de que ese error no existía, ni podía existir». Con semejantes planteamientos, en vez de reducirse la complejidad, se crean aparentes nuevas formas de imputación subjetiva solo para acabar diciendo algo tan obvio como que, si no existe error alguno sobre la edad de la víctima, el sujeto deberá ser condenado por dolo⁹.

En este contexto de creciente confusión, el *pronunciamiento más elaborado sobre la materia* sigue siendo el que se concretó en la STS 57/2009 (ponente Marchena Gómez), invocado en algunos fallos mucho más recientes como la STS 393/2023 (ponente Magro Servet). Según esta línea de jurisprudencia, que concibe explícitamente la ignorancia deliberada como algo conceptualmente distinto del dolo eventual, aunque con las mismas consecuencias, dicha figura puede aplicarse cuando concurren los siguientes tres requisitos:

«1.º Una falta de representación suficiente de todos los elementos que definen el tipo delictivo de que se trate. Esa falta de representación, si es absoluta, nunca podrá fundamentar la imputación subjetiva a título de dolo. Los supuestos abarcados estarán relacionados, de ordinario, con la conciencia de que se va a realizar, con una u otra aportación, un acto inequívocamente ilícito. La sospecha puede incluso no llegar a perfilar la representación de todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo, al menos, con la nitidez exigida de ordinario para afirmar la concurrencia del elemento intelectual del dolo. Sin embargo, sí ha de ser reveladora de una grave indiferencia del autor hacia los

de blanqueo, pero debiendo haber apreciado la existencia de indicios reveladores del origen ilegal del dinero. Existe un deber de conocer que impide cerrar los ojos ante las circunstancias sospechosas».

⁹ Como las SSTS 393/2023, 930/2022 (en la que se extiende la construcción al error de prohibición), 131/2022, 494/2020, 245/2020, 553/2019 (ponente Magro Servet). También se menciona en el ATS 293/2021 (ponente Hernández García).

bienes jurídicos penalmente protegidos, pues, pese a representarse el riesgo que su conducta puede aparejar, no desiste del plan concebido.

2.º Una decisión del sujeto de permanecer en la ignorancia, aun hallándose en condiciones de disponer, de forma directa o indirecta, de la información que se pretende evitar. Además, esa determinación de desconocer aquello que puede ser conocido, ha de prolongarse en el tiempo, reforzando así la conclusión acerca de la indiferencia del autor acerca de los bienes jurídicos objeto de tutela penal.

3.º Un componente motivacional, inspirado en el propósito de beneficiarse del estado de ignorancia alentado por el propio interesado, eludiendo así la asunción de los riesgos inherentes a una eventual exigencia de responsabilidad criminal».

Se comparta o no su contenido, esta concreta línea jurisprudencial realiza, sin duda, un notable esfuerzo por precisar conceptualmente el alcance de la presente figura. De ella se desprende: 1) Que la ignorancia deliberada es una modalidad *sui generis* de dolo; 2) Que su apreciación requiere cierto grado de conocimiento (aunque más vago que el requerido para la imputación dolosa convencional); y 3) Que es necesario que el sujeto actúe con ánimo de beneficiarse del estado buscado de ignorancia. En todo caso, como se ha visto, las exigencias que se formulan para aplicar esta categoría no se asumen en muchos otros pronunciamientos del propio Tribunal.

II. CASOS PARTICULARES

Un aspecto destacable de la jurisprudencia española sobre ignorancia deliberada es que no se aplica de modo general a todos los casos que resultan problemáticos desde la perspectiva de la imputación subjetiva, sino que suele recurrirse a ella para la resolución de determinados supuestos en particular. Seguidamente se citan algunos de los más frecuentes.

1. Transporte de objetos

El caso paradigmático de aplicación de la presente doctrina es aquel en el que un sujeto es detenido transportando determinados objetos cuya posesión es delictiva –usualmente droga– y alega no haber sido conocedor de tal circunstancia. Por citar un ejemplo reciente, en la STS 931/2022 (ponente Sán-

chez Melgar) se afirma, respecto del caso de unos marineros detenidos en una embarcación que transportaba elevadas cantidades de sustancia estupefaciente, que «no puede alegarse desconocimiento alguno, sin chocar frontalmente con la teoría de la ignorancia deliberada, pues esta Sala ya consideró, en un supuesto análogo, que no puede alegarse la ignorancia de la droga en el interior de la embarcación ante la relevante cantidad de la misma que hacía imposible su manipulación por una sola persona (...) De modo que los tres tripulantes obraron, al menos, con ignorancia deliberada, sin querer saber aquello que podían y debían saber, asumiendo y aceptando las consecuencias de su ilícito proceder, en el que participaron voluntariamente, por lo que obraron con dolo eventual (...)». Conviene hacer notar cómo *en este último pasaje se señala que, en los casos de ignorancia deliberada, concurre una modalidad de dolo eventual*, en contradicción con lo afirmado en algunas de las resoluciones ya citadas anteriormente, que tratan esta figura como una forma de dolo diferenciada.

En sentido similar, en el ATS 360/2022 (ponente Hurtado Adrián) se afirma, en un supuesto de envío de un paquete de cocaína, que «existen datos sobrados para entender que el desarrollo de los hechos permitieron conocer a la recurrente el contenido del paquete o en el mejor de los casos, acudir al dolo eventual, en su modalidad de “ignorancia deliberada”, según la cual, si se desconocía el contenido del paquete, debió negarse a realizar la gestión, hasta que no conociera su contenido, ya que si se prestó a ello lo hizo fuera cual fuera el contenido del envío, admitiendo indirectamente que pudiera ser droga». No obstante, seguidamente se efectúan en esta misma resolución consideraciones que avalan, más bien, la tesis de que hubo conocimiento, concretamente cuando se da la razón a la Fiscalía al esgrimir la regla de experiencia según la cual «nadie implicado en una operación con mercancía ilícita, cuyo tráfico o mera posesión en esa cantidad constituye delito y con un elevado precio en el mercado, deja al albur de un desconocido la suerte del envío». Se trata de un buen ejemplo del empleo de esta doctrina «a mayor abundamiento», es decir, pese a entenderse que concurre dolo eventual en su versión más clásica, lo que convierte en puramente retórica la apelación a la ignorancia deliberada.

En no pocos casos de transporte de droga la invocación de la presente teoría *tiene una naturaleza más probatoria que sustantiva* en los términos descritos anteriormente: sirve para descartar, por inverosímiles, ciertas alegaciones de desconocimiento. En tal sentido, se afirma, por ejemplo, en el ATS 1031/2022 (ponente Martínez Arrieta), en otro caso de transporte de cocaína, que «el Tribunal de apelación validó el anterior juicio de inferencia y señaló que, cuanto menos, los acusados actuaron desde la ignorancia deliberada, “pues no podían dejar de sospechar o debieron salir de dicha situación”, a

la vista: i) del peso excesivo de los bolsos de mimbre, ii) del hecho de que la maleta que portaba María Dolores se la prepararon otras personas, y iii) del hecho notorio (especialmente para los acusados, que son empleados de líneas aéreas) de que en la ruta Lima-Madrid es aprovechada para frecuentemente para este tipo de envíos».

2. Titularidad formal de cuentas

Otro supuesto en el que se ha aplicado con cierta frecuencia la presente estructura se presenta en los casos de acusados que constan como titulares formales de cuentas bancarias a través de las que se canalizan –a menudo mediante un ingreso y retirada de fondos casi inmediatos– las ganancias de ciertas actividades delictivas. Pese a que tales sujetos suelen contar con un conocimiento muy limitado –por no decir nulo– de los hechos que están en el origen de tales fondos, la doctrina de la ignorancia deliberada permite a los tribunales condenarles como partícipes dolosos en tales hechos.

En tal sentido, por ejemplo, se argumenta en la STS 51/2020 (ponente Lamela Díaz), citando jurisprudencia previa, que aunque en estos casos «se está ante un caso de delincuencia económica de tipo informático de naturaleza internacional en el que los recurrentes ocupan un nivel inferior y sólo tienen un conocimiento necesario para prestar su colaboración, la ignorancia del resto del operativo no borra ni disminuye su culpabilidad porque fueron conscientes de la antijuridicidad de su conducta, prestando su conformidad con un evidente ánimo de enriquecimiento, ya supieran, no quisieran saber –ignorancia deliberada–, o les fuera indiferente el origen del dinero que en cantidad tan relevante recibieron». Con ello se flexibiliza notablemente el tradicional requisito del «doble dolo» del partícipe, que exige conocimiento del hecho principal en sus rasgos esenciales¹⁰.

3. Administradores formales y funcionarios supuestamente ignorantes

Finalmente, la presente doctrina suele emplearse también para condenar por dolo en casos en los que un *administrador toma ciertas decisiones respec-*

¹⁰ Sobre la aplicación de la doctrina de la ignorancia deliberada a casos de titularidades y administraciones formales y su afectación a la teoría de la participación RAGUÉS I VALLÈS, La responsabilidad penal del testaferro en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles: problemas de imputación subjetiva, InDret, 3/2008.

to de la sociedad que representa sin conocer, pretendidamente, su verdadero alcance por haber renunciado a informarse o a verificar datos aportados por otra persona, habitualmente otro administrador o, en caso de testaferros, quien ejerce de administrador de hecho. Una interpretación que se extiende ocasionalmente a funcionarios o autoridades que dictan resoluciones sin conocer, supuestamente, su alcance.

1. En el primer ámbito cabe mencionar la STS 707/2022 (ponente Berdugo Gómez de la Torre) relativa a la esposa de un acusado que constaba como socia única y administradora formal de una sociedad dedicada a la administración de fincas de la que su marido era el administrador real y quien decidió apropiarse de fondos de varios clientes. La esposa sería condenada como cooperadora argumentando la Sala que «era la única socia y administradora de la mercantil que tenía formalmente atribuida la administración de las fincas, la única titular autorizada en la cuenta que sirvió de instrumento para el fin delictivo, por lo que el pretendido desconocimiento de la conducta de su esposo sólo podría explicarse como una ignorancia deliberada que además resulta muy dudosa si tenemos en cuenta que accedió a la creación de la sociedad conociendo los motivos que impulsaron a su esposo a tal solicitud». Además, la acusada «facilitó las claves de acceso para poder operar telemáticamente en la cuenta bancaria y que es razonable pensar que las cantidades indebidamente apropiadas pasaron a engrosar la economía familiar (...)».

En sentido similar, en la STS 296/2020 (ponente Sánchez Melgar) se confirma la condena de un «hombre de paja» en un entramado de fraude de IVA que alega desconocimiento de las decisiones que el administrador *de facto* tomaba al frente de la compañía y que llevaron a la comisión de un delito fiscal. En tal caso se mantiene la condena por dolo –aunque personalmente el sujeto no había obtenido ningún beneficio resultante del delito– con el argumento de que «quien se pone en situación de ignorancia deliberada, sin querer saber aquello que puede y debe saber, está asumiendo y aceptando todas las consecuencias del ilícito actuar en que voluntariamente participa»¹¹.

También se ha aplicado la misma doctrina para condenar en un caso de dos administradores mancomunados en el que uno de ellos afirmó desconocer que se estaba cometiendo fraude fiscal en la sociedad por no estar a cargo de las cuestiones financieras, argumentándose para rechazar dicha alegación que «el aquí recurrente era administrador mancomunado junto con su hermano, y aunque se alega por el mismo que firmaba sin saber, o que algunas cosas no

¹¹ Otro ejemplo similar puede encontrarse en la STS 528/2019 (ponente Polo García).

iban con su firma, o que se dedicaba a la esfera mecánica y flota de la empresa, el Tribunal entiende que es responsable en concepto de autor del delito fiscal que le es imputado, concurriendo dolo eventual, criterio que compartimos, ya que estamos ante un claro supuesto de ignorancia deliberada, es decir no querer sabe aquello que puede y debe conocerse, y sin embargo se beneficia de esta situación» (STS 238/2020, ponente Polo García).

2. En el segundo ámbito puede citarse la STS 522/2023 (ponente Hurtado Adrián), en la que se afirma, respecto de un concejal que dictó varias resoluciones prevaricadoras y alegó que desconocía su contenido, que «la sentencia de instancia, que en sus hechos recoge un relato que describe un dolo directo de primer grado, como resulta del testimonio de ciertos testigos, en el complemento que es su fundamentación, hace unas consideraciones, que, si se quiere, por la vía de la ignorancia deliberada, llevan a afirmar como dolosa la conducta del condenado, pues no es razonable que un funcionario con su experiencia, además, como alcalde en funciones y concejal de obras, “actué como un autómatas firmador de documentos”, como apunta en su oposición al motivo la representación del Ayuntamiento de Marbella». De nuevo, en este caso, la ignorancia deliberada se emplea en un sentido más probatorio que sustantivo y «a mayor abundamiento», por considerarse que concurría dolo.

Un caso que, en cambio, se sale del anterior esquema es el resuelto en la STS 292/2021 (ponente Magro Servet) sobre retribuciones millonarias en la Caja de Ahorros del Mediterráneo. En esta resolución se rechaza la alegación del presidente del comité de retribuciones de dicha entidad afirmando no ser consciente de lo aprobado por dicho órgano porque eran otras personas las que prepararon la decisión. Según la Sala Segunda,

«resulta de lo que se relaciona en relación a la participación del recurrente como miembro de relevancia en la comisión de retribuciones, por ser su Presidente, nada menos, por lo que no puede escudarse en modo alguno en “ignorancias”, que “otros lo llevaron a cabo”, o en alegatos similares, cuando la especial cualificación técnica que se requiere en estos casos evita aplicar la ignorancia, al aplicar la conocida “ignorancia deliberada” que no puede amparar alegatos de exculpación cuando la posición que se ostenta en este tipo de organismos requiere de una cualificación que no admite la ignorancia».

Más adelante se añade, a propósito de una alegación similar de otro recurrente, que no puede aceptarse la alegación de ignorancia de los citados cargos «bajo una tesis de ignorancia deliberada, cuando los miembros de esta comisión estaban especialmente cualificados para saber y conocer lo que podían hacer y lo que no». Estos planteamientos suponen un *claro avance en una dirección claramente objetivizante del dolo*, pues, para condenar por delito

doloso ya no solo no se exige que quede probado un conocimiento, o una intención de no conocer en absoluto o de no confirmar sospechas, sino que se entiende, sin más, que cuando el sujeto ocupa determinadas posiciones, no cabe entrar a discutir siquiera cualquier posible alegación de error o ausencia de conocimiento.

Esta vocación objetivizante se observa también en otras resoluciones, como la STS 830/2017 (ponente Monterde Ferrer), en la que se señala que «En los fundamentos de derecho se indica que el acusado admitió en el plenario que tenía conocimiento de la situación urbanística del terreno antes de emprender las obras; que sin ese reconocimiento la actuación dolosa del acusado estaba acreditada ya que emprendió la construcción sin solicitar licencia; y que, como mínimo, el acusado se colocó en una situación de ignorancia deliberada ya que poseía la plaza de camping desde hacía más veinte años y necesariamente debía de estar al tanto de una situación urbanística notoria. Por lo tanto, consta que el Tribunal a quo ha acreditado de modo contundente el proceder doloso seguido por el acusado. Se ha indicado con anterioridad que esa Sala ha declarado que “*existe la obligación de cerciorarse de la legalidad de la obra a realizar*”, y quien no solicita licencia antes de comenzar unas obras de una cierta entidad realizadas en una zona suficientemente conocida, pone de manifiesto de modo evidente que sabe que esas obras no pueden ser autorizadas» (cursiva en el original).

III. VALORACIONES FINALES

La panorámica que se desprende de las anteriores páginas no resulta precisamente clarificadora, sino todo lo contrario: en este cuarto de siglo la jurisprudencia del Tribunal Supremo *no solo no ha sido capaz de explicar de forma clara en qué consiste la llamada ignorancia deliberada, sino tampoco de garantizar un empleo uniforme de esta doctrina dentro de la propia Sala*. Como se ha expuesto, actualmente parecen convivir en la jurisprudencia muy diversas nociones acerca del alcance de esta teoría, que dependen en buena medida de quién sea el magistrado que redacte la sentencia. No puede afirmarse siquiera que dicha construcción se emplee siempre con la pretensión de estar recurriendo a un concepto con contenido propio, sino que la expresión más bien se invoca como un mero recurso retórico para reforzar, en la fundamentación de no pocas resoluciones, la idea de que un sujeto ha sido correctamente condenado por dolo.

Este estado de cosas dificulta, evidentemente, la labor de los tribunales inferiores, en cuyas resoluciones –mucho más numerosas– es posible encontrar multiplicados los usos más variopintos ya descritos de este concepto, que *se ha convertido en una suerte de vía rápida para condenar por dolo eludiendo las exigencias conceptuales y probatorias de esta modalidad de imputación subjetiva*. En tales circunstancias, es muy necesario que la Sala Segunda aclare cuanto antes sus ideas sobre si cabe admitir en Derecho español esta categoría y con qué requisitos y consecuencias cabe recurrir a ella. De otro modo se perpetuará la situación de absoluta confusión que se observa después de este cuarto de siglo, en lo que supone un claro apartamiento de la función que la Constitución atribuye al Tribunal Supremo.

CAPÍTULO XXXII

LAS CONTRIBUCIONES DOGMÁTICAS AL DERECHO PENAL MÉDICO DEL PROF. DR. DR. H.C. JAVIER DE VICENTE REMESAL

VIRXILIO RODRÍGUEZ VÁZQUEZ
Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Vigo

I. INTRODUCCIÓN

Las aportaciones de Javier de Vicente Remesal al Derecho penal son muchas y muy diversas, destacando entre todas ellas las realizadas en el campo de la dogmática penal. Es aquí donde podemos encontrar sus principales trabajos, especialmente publicaciones científicas en forma de libros, capítulos de libro y artículos, caracterizados todos ellos por una extraordinaria meticulosidad y profundidad en el análisis. Su obra destila un dominio total de la teoría del delito y de la pena, fundamentado, sin lugar a dudas, en un excelente manejo de la doctrina alemana. No en vano, de Vicente Remesal es uno de los principales traductores al español de la obra de Claus Roxin, su maestro alemán, como lo demuestra el hecho de haber traducido buena parte del manual de Derecho Penal, Parte General, T.1 y T.2 (1997 y 2014). El pensamiento roxiniano está presente en toda su producción científica, directa o indirectamente, a través del pensamiento y obra de su maestro español, el Profesor Dr. Dr. h. c. mult. Diego-M. Luzón Peña.

Sin miedo a equivocarnos, podríamos decir que de Vicente Remesal es uno de los mayores expertos, si no el mayor, en el estudio del comportamiento postdelictivo en España. De hecho, fue pionero en el abordaje de este tema, objeto de su tesis doctoral, y que dio paso a su primera monografía, «El com-

portamiento postdelictivo» (1985). Ahora bien, su principal línea de investigación es la relativa al Derecho penal médico. Son numerosas las aportaciones dogmáticas al y, por qué no, desde el Derecho penal médico, pues en no pocos casos este es el laboratorio en el que somete a prueba muchas de las tesis y planteamientos que adopta sobre diferentes categorías y elementos de la teoría del delito, así como también de la teoría de la pena. Por una parte, muchos son los trabajos sobre la imprudencia y, en concreto, sobre la determinación del deber objetivo de cuidado¹. Especialmente significativos son los trabajos sobre el consentimiento en las intervenciones quirúrgicas, tratando la naturaleza y significado jurídicos de aquél en relación con el tipo de lesiones². También ha dedicado no pocas publicaciones a las consecuencias jurídicas de los delitos

¹ Véase DE VICENTE REMESAL, J., La regulación de la imprudencia en el Código penal, *Revista Jurídica Galega*, 23, 1999, 13-31; DE VICENTE REMESAL, J./RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V., El médico ante el derecho penal: consideraciones sobre la imprudencia profesional y el trabajo en equipo, en Núñez Paz, M. A./García Alfaraz, A. I./Pérez Álvarez, F. (Coords.), *Universitas vitae: Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007, 145-178; DE VICENTE REMESAL, J., El criterio de la figura baremo referencial en la determinación del deber objetivo de cuidado en supuestos especiales, en de Vicente Remesal, J./Díaz y García Conlledo, M./Paredes Castañón, J. M./Olaizola Nogales, I./Traperro Barreales, M. A. (Dirs.), Roso Cañadillas, R./Lombana Villalba, J. (Dirs.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario*, Reus, Madrid, 2020, 597-615; Fundamento y límites de la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales del autor (a la vez, una referencia paralela a los conocimientos especiales), *RECPC*, 22-03, 2020, 1-52; Sonderfähigkeiten und objektive Sorgfaltspflichtverletzung, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2020, 194-203.

² Así DE VICENTE REMESAL, J., Consentimiento y acuerdo: ¿Causa de exclusión de la tipicidad o de la antijuricidad?, en Luzón Peña, D-M./Mir Puig, S. (Dirs.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, 1999, McGraw-Hill Interamericana de España S. L., Madrid, 113-154; Die unmassliche Einwilligung und ihre besondere Bedeutung im Rahmen einer Operationserweiterung, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2017, 689-698; Aspectos esenciales del consentimiento presunto en la práctica quirúrgica, con especial referencia a la determinación del elemento subjetivo de justificación, en Basso, G./Cancio Meliá, M./Maraver Gómez, M./Fakhouri Gómez, Y./Rodríguez Horcajo, D., *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, vol. 1, Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2019, 401-414; El consentimiento en las lesiones causadas por intervenciones quirúrgicas, *RECPC*, 23, 2021, 1-62; El consentimiento en las lesiones causadas por intervenciones quirúrgicas, *Libertas: Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, 11, 2022, 323-324; El tratamiento jurídico-penal de las lesiones causadas por intervenciones quirúrgicas, en Gómez Martín, V./Bolea Bardon, C./Gallego Soler, J. I./Hortal Ibarra, J. C./Joshi Jubert, U. (Dirs.), Valiente Ivañez, V./Ramírez Martín, G. (Coords.), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro Homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, AEBOE, Madrid, 2022, 517 ss.; La representación subjetiva del hecho típico en la tentativa: un criterio paralelo contrapuesto para determinar el elemento subjetivo de justificación en el consentimiento presunto, en Ferré Olivé, J. C./Serrano-Piedecabras Fernández, J. R./Demetrio Crespo, E./Pérez Cepeda, A. I./Núñez Paz, M. A./Zúñiga Rodríguez, L./Sanz Mulas, N. (Coords.), *Homenaje al profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*, vol. 2, 2022, 137-143; El tratamiento jurídico penal de las lesiones causadas por las intervenciones quirúrgicas con resultado positivo y con resultado fallido, en Corral Maraver, N./García Magna, D./Pérez Jiménez, F./Prado, B./Rando Casermeiro, P. (Coors.)/Muñoz Sánchez, J./García Pérez, O./Cerezo Domínguez, A. I./García España, E. (Dirs.), *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos: libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 1691-1704; Las lesiones causadas por intervenciones quirúrgicas con resultado positivo y con resultado fallido: su tratamiento jurídico penal, *Libertas*, 12, 2023, 240-240.

de homicidio, lesiones, aborto imprudentes en el ámbito médico³. Audaces son sus contribuciones, a caballo entre la dogmática y la política criminal, sobre la identificación, clasificación y propuestas jurídicas de prevención de los errores médicos⁴. Y, finalmente, publicaciones que podrían ubicarse tanto en estudios de Parte general como de Parte especial⁵.

En buena medida, esta línea de investigación se ha desarrollado al amparo de proyectos de investigación estatales y autonómicos, liderados en calidad de investigador principal por el propio Javier de Vicente Remesal, siendo en la actualidad investigador principal del grupo Práctica Médica y Derecho (PM&D), integrado en el Instituto de Investigación Sanitaria Galicia Sur⁶.

³ Véase DE VICENTE REMESAL, J., La pena de inhabilitación profesional: consideraciones desde el punto de vista de los fines de la pena, CPC, 113, 2014, 45-104; Revisión crítica de los presupuestos, carácter y alcance de la pena de inhabilitación profesional en el CP español: referencia especial a la inhabilitación profesional médica, Revista Penal, 39, 2017, 50-65; Prohibición del ejercicio de una especialidad o actividad médica «versus» prohibición del ejercicio de la medicina en general: consideraciones dogmáticas y de política criminal, en Silva Sánchez, J. M./Queralt Jiménez, J. J./Corcoy Bidasolo, M./Castiñeira Palou, M. (Coords.), Estudios de Derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig, B de F, Montevideo, 2017, 949-961; Los fines de la pena y las repercusiones de su consideración en la pena de inhabilitación profesional, en Luzón Peña, D-M. (Dir.), Libro Homenaje a Claus Roxin por su nombramiento como Doctor Honoris Causa por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2018, 70-137; La relación del ámbito profesional con la prohibición del ejercicio de la profesión como pena principal, accesoria, o medida de seguridad, Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, 1465-1492.

⁴ Cfr. DE VICENTE REMESAL, J., Sistematización de errores médicos y factores latentes de riesgo: (un instrumento para el análisis de la jurisprudencia y de otras fuentes), Revista de Derecho Penal, 39, 2013, 39-68; Factores latentes de riesgo, eventos adversos y errores en la práctica médica, en Luzón Peña, D-M./Díaz y García Conlledo, M. (Dirs.), Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana: Liber amicorum en homenaje al profesor doctor Jürgen Wolter por su 75.º aniversario, Reus, Madrid, 2018, 153-186; Taxonomía de errores de medicación: intervención penal y otras medidas o estrategias de prevención, en Suárez López, J. M./Barquín Sanz, J./Benítez Ortúzar, I. F./Jiménez Díaz, M. J./Sáinz Cantero Caparrós, J. E. (Coords.), Estudios jurídicos penales y criminológicos: en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. 2, Dykinson, Madrid, 2018, 1911-1930; Limitaciones de la intervención penal para la prevención de errores de medicación frente a otras medidas o estrategias preventivas, CPC, 124, 2018, 63-108; Errores médicos y seguridad del paciente: de la búsqueda de un «quién», a quien castigar, al descubrimiento de un «qué», que prevenir, en Santana Vega, D. M., Fernández Bautista, S., Cardenal Montraveta, S., Carpio Briz, D., Castellví Monserrat, C. (Dirs.), Una perspectiva global del Derecho Penal: Libro homenaje al profesor Dr. Joan J. Queralt Jiménez 2021, 531-543.

⁵ V. DE VICENTE REMESAL, J., El grave peligro para la salud psíquica de la madre en la nueva ley del aborto, La Ley, 1985-3, 1038-1055.

⁶ «Derecho sanitario: convergencia de principios de responsabilidad médico-sanitaria en el marco de la UE» (Ref. PGIDIT05CSO20201PR), Xunta de Galicia (Programa de promoción Xeral), desde el 06/08/2005 hasta el 05/08/2008, importe 19.800,00 euros; «Ayudas para estructuración de unidades de investigación en humanidades», Xunta de Galicia (Consellería de Educación e Ordenación Universitaria. Dirección Xeral de Promoción Científica e Tecnolóxica do SUG), desde el 01/01/2006 hasta el 31/12/2007, 48.750,00 euros; «Responsabilidad de personas físicas y jurídicas en el ámbito médico-sanitario: estrategias para la prevención de errores médicos y eventos adversos» (Ref. DER2011-22934), Ministerio de Ciencia e Innovación (Resolución de 20 de diciembre de 2010, de la Secretaría de Estado de Investigación, por la que se aprueba la convocatoria para el año 2011 del procedimiento de concesión de ayudas para la realización de proyectos de investigación y acciones complementarias dentro del Programa Nacional de Proyectos de Investigación Fundamental, en el marco del VI Plan Nacional de Investigación

Además de todo lo anterior, debo indicar que es extenso el número de ponencias por invitación, así como comunicaciones en congresos, cursos y seminarios impartidos sobre esta materia, a lo que se añade el haber dirigido una tesis doctoral titulada «La responsabilidad penal en el ejercicio de las actividades médico-sanitarias», que tuve el honor de defender en el año 2008, merecedora del premio extraordinario de doctorado de la Universidad de Vigo.

Por todo ello, qué mejor momento que éste para visitar la obra de mi maestro e intentar, aunque sea muy brevemente por razones de espacio, sintetizar sus principales ideas y aportaciones más novedosas en el ámbito del Derecho penal médico.

II. LA CONSIDERACIÓN DE LAS INTERVENCIONES MÉDICAS, EN PARTICULAR LAS QUIRÚRGICAS, COMO UN DELITO DE LESIONES

Es amplio el debate sobre cómo deben ser valoradas desde el punto de vista jurídico-penal las intervenciones médicas, con especial atención a las intervenciones quirúrgicas. Resumidamente, las diferentes posturas doctrinales y jurisprudenciales se pueden agrupar en tres planteamientos distintos. Por una parte, nos encontramos con quienes defienden una concepción unidimensional del bien jurídico protegido en el delito de lesiones, que entienden que el tipo trata de proteger única y exclusivamente la integridad corporal y/o la salud de la persona⁷. A partir de aquí surgen a su vez dos posiciones doctrinales. Un sector de la doctrina considera que todo tratamiento médico, independientemente de que cumpla o no con el deber de cuidado requerido, de que suponga o no una mejora de la salud o, incluso, la curación del enfermo, y de cuál haya sido la finalidad del personal sanitario que lo ha ejecutado, realiza el tipo de lesiones⁸. Y esto porque el bien jurídico protegido por el delito de lesiones se

Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica 2008-2011), desde el 01/01/2012 hasta el 31/12/2014 (prorrogado hasta 31/12/2015), 54.450,00 euros.

⁷ ROMEO CASABONA, C. M., El médico y el Derecho penal I: la actividad curativa (licitud y responsabilidad penal), Barcelona, Bosch, 1981, 136 ss.; JORGE BARREIRO, AG., La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Madrid, Tecnos, 1990, 81; CARDONA LLORENS, A., Estudio médico-penal del delito de lesiones, Madrid, Edersa, 1988, 26 ss.

⁸ Cfr. ARZT, G., Strafrecht. BT I (Delikte gegen die Person), Bielefeld, Ernst und Werner Gieseking, 1977, 102; SCHWALM, G., Zum Begriff und Beweis des ärztlichen Kunstfehlers, en: Festschrift für Paul Bockelmann, München, Beck, 1979, 547; BOTTKE, W., Suizid und Strafrecht, Berlin, Duncker und Humblot, 1982, 144 s.; SCHREIBER, H-L., Zur Reform des Arztstrafrechts, en: Festschrift für Hans Joachim Hirsch, Berlin, New York, de Gruyter, 1999, 713, 724. En la doctrina española BAJO FERNÁNDEZ, M., Manual de Derecho Penal. PE. Delitos contra las personas, 2.º ed., Madrid, Ceura, 1987, 164.

identifica exclusivamente con la integridad física (o la integridad y la salud), diferenciada intencionadamente de la salud. Esta intervención típica puede quedar justificada y, por tanto, no ser antijurídica cuando concurra el consentimiento válidamente emitido por parte del paciente. Se trata de asegurar de este modo la protección penal de la autodeterminación del paciente a través del delito de lesiones, exigiendo el consentimiento del paciente para otorgar validez legal al acto médico, ante la ausencia en el CP (como en el StGB) de artículos adecuados para la protección de este bien jurídico en el marco de los tratamientos médicos⁹. Desde otro sector de la doctrina, crítico con el anterior, se ha defendido que la intervención médico-sanitaria, en principio, no realiza el tipo de lesiones, al no dañar el cuerpo ni la salud del paciente¹⁰. Entre quienes sostienen un concepto unitario de bien jurídico, identificado con un con-

⁹ La imposibilidad de aplicar los artículos relativos a los delitos contra la libertad, bien coacciones o bien detenciones ilegales, así como la inexistencia de un delito de tratamiento arbitrario, da lugar a que se adopte esta vía de solución.

¹⁰ En este sentido, ROMEO CASABONA, C. M., El médico y el Derecho penal I, 1981, 137, 285 ss.; JORGE BARREIRO, AG., La relevancia jurídico-penal del consentimiento, 12; el mismo, La imprudencia punible, 1990, 72, 81; ANTÓN ONECA, J., Notas críticas al Código penal. Las lesiones, en: Estudios de Deusto, 25-26, 1965. Número-Homenaje dedicado Julián Pereda con ocasión de su 75.º aniversario, Bilbao, Universidad de Deusto, 1965, 791; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., El delito de lesiones, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1982, 38; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./HUERTA TOCILDO, S., Derecho penal. PG: Teoría jurídica del delito, 2.ª ed., Madrid, Castellanos, 1986, 254 s.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., El consentimiento informado, CPC 1995, 447-479, 470 s.; el mismo, Derecho penal. PG. II. Introducción a la teoría jurídica del delito; IV. Las consecuencias jurídicas del delito. El Derecho penal de ejecución, Madrid, Marcial Pons, 2002, 172 s.; GARCÍA BLÁZQUEZ, M./ MOLINOS COBO, J. J., Manual práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica (Aspectos jurídicos y médico-forenses), 2.ª ed., Granada, Comares, 1997, 350 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, J. A., Deber de cuidado y delito imprudente, Barcelona, Bosch, 1998, 175 s.; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., Derecho penal español. PE, 7.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, 50 s.; VILLACAMPA ESTIARTE, C., Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales, Pamplona, Aranzadi, 2003, 53; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V., El delito de tratamiento médico arbitrario: una propuesta *de lege ferenda*, RECPC 19-03, 2017, 1-59, 51; por todos, STOOS, C., Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung: eine strafrechtliche Studie, Berlin, Liebmann, 1898, *passim*; ENGISCH, K., Ärztlicher Eingriff, 1939, 5 ss.; SCHMIDT, E., Der Arzt im Strafrecht, Leipzig, Verlag von Theodor Weicher, 1939, 69 ss.; GRÜNWARD, G., Die Aufklärungspflicht des Arztes, 1961, 1, 9; KAUFMANN, A., Die eigenmächtige Heilbehandlung, ZStW 73-1961, 341-384, 341 s., 373 s.; BOCKELMANN, P., Strafrecht des Arztes, Stuttgart, Georg Thieme, 1968, 66 ss.; el mismo, Der ärztliche Heileingriff, 1981, 105 ss.; NIESE, W., Ein Beitrag zur Lehre vom ärztliche Heileingriff, en: Festschrift für Eberhard Schmidt, 2.ª ed., Göttingen, Vandenhoeck und Rupprecht, 1971, 364 ss.; KRAUSS, D., Zur strafrechtlichen Problematik der eigenmächtigen Heilbehandlung, en: Festschrift für Paul Bockelmann, München, Beck, 1979, 565 ss.; ZIPF, H., Probleme eines Straftatbestandes der eigenmächtigen Heilbehandlung (dargestellt an Hand von § 110 öStGB), en: Festschrift für Paul Bockelmann, München, Beck, 1979, 577, 583; el mismo, Problemas del tratamiento curativo realizado sin consentimiento en el Derecho penal alemán y austriaco. Consideración especial del trasplante de órganos, en: MIR PUIG, S. (ed.), Avances de la medicina y Derecho penal, Barcelona, PPU, 1988, 155; ULS-ENHEIMER, K., Arztstrafrecht in der Praxis, 5.ª ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2015, 73 ss.; DA COSTA ANDRADE, M., Consentimento e acordo em Direito Penal (Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista), Coimbra, Coimbra Editora, 2004, 400 ss.

cepto amplio de «salud»¹¹, comprensivo de la salud en sentido estricto y de la integridad física, existen dos pareceres diferenciados. Algunos autores determinan la tipicidad o atipicidad de la conducta del médico en función del resultado del tratamiento, de manera que si existe desvalor de resultado, la conducta será típica (delito de lesiones), haciéndose necesario acudir a una causa de justificación para considerarlo lícito¹². Otros, sin embargo, resuelven la cuestión de la tipicidad de la conducta en relación con el desvalor de acción, de manera que la intervención médica, conforme al deber de cuidado¹³, no constituye lesión típica aunque con ella haya empeorado el estado de salud del paciente, sólo atribuible, en tales circunstancias, a caso fortuito. Se concluye que el médico no lesiona sino que cura, con independencia de que haya mediado o no el consentimiento del paciente, pues la protección a su salud no se ve afectada por la presencia o ausencia de aquél¹⁴. Frente a la concepción unidimensional del bien jurídico protegido en el delito de lesiones, otra postura lo entiende en una doble dimensión. Obviamente, la integridad física y/o la salud

¹¹ Véase ROMEO CASABONA, C. M., El médico y el Derecho penal I, 1981, 286; el mismo, El nuevo CP: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Ángel Torío López, Granada, Comares, 1999, 925; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., El delito de lesiones, 1982, 22; JORGE BARREIRO, AG., La imprudencia punible, 1990, 81; CARBONELL MATEU, J. C./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en: VIVES ANTÓN, TOMÁS S. (coord.), Comentarios al Código Penal de 1995, t. I y II., Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, 788 s.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., Derecho Penal. PG. II. Introducción a la teoría jurídica del delito; IV. Las consecuencias jurídicas del delito. el Derecho penal de ejecución, Madrid, Marcial Pons, 2002, 171; VILLACAMPA ESTIARTE, C., Responsabilidad penal del personal sanitario, 2003, 51 s.; MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal. PE, 20.³ ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, 107; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V., El delito de tratamiento médico arbitrario, RECPC 19-03, 2017, 51.

¹² Una relación detallada de los autores que sostienen esta postura en JORGE BARREIRO, AG., La relevancia jurídico-penal del consentimiento, CPC 1982, 8.

¹³ Véase ANTÓN ONECA, J., Notas críticas al Código penal. Las lesiones, en: Estudios de Deusto, 25-26, 1965. Número-Homenaje dedicado Julián Pereda con ocasión de su 75.º aniversario, Bilbao, Universidad de Deusto, 1965, 791; ROMEO CASABONA, C. M., El médico y el Derecho penal I, 1981, 9 ss., 273; el mismo, El nuevo CP: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Ángel Torío López, Granada, Comares, 1999, 927; JORGE BARREIRO, AG., La relevancia jurídico-penal del consentimiento, 1982, 8; el mismo, La imprudencia punible, 1990, 70; el mismo, Derecho a la información y el consentimiento informado, 1996, 167; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., El delito de lesiones, 1982, 39.; ZIPF, H., Problemas del tratamiento curativo, 1988, 156; CARBONELL MATEU, J. C./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., Comentarios al Código Penal de 1995, 1996, 807; CHOCLÁN MONTALVO, J. A., Deber de cuidado, 1998, 175; VILLACAMPA ESTIARTE, C., Responsabilidad penal del personal sanitario, 2003, 58, 72; MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal. PE, 2015, 130; JESCHECK, H. H./WEIGEND, T., Tratado de Derecho Penal. PG, trad. 3.ª ed. y adiciones MIR PUIG, S./MUÑOZ CONDE, F., Barcelona, Bosch, 1981; trad. 5.ª ed. OLMEDO CARDENETE, M., Granada, Comares, 2002, 407; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., Derecho Penal. PG, 2002, 172; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V., El delito de tratamiento médico arbitrario, RECPC 19-03, 2017, 51 s.

¹⁴ Véase ROMEO CASABONA, C. M., El médico y el Derecho penal I, 1981, 274, 286; el mismo, Responsabilidad médico-sanitaria y sida, Apen 1996, 464; JORGE BARREIRO, AG., La relevancia jurídico-penal del consentimiento, 1982, 7 ss.; el mismo, Derecho a la información y el consentimiento informado, 1996, 164 ss.; BUENO ARÚS, F., El rechazo del tratamiento en el ámbito hospitalario, Apen 1991, 395-406, 399; GÓMEZ PAVÓN, P., Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil, 3.ª ed., Barcelona, Bosch, 2013, 284 ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, C., Responsabilidad penal del personal sanitario, 2003, 56.

son objeto de protección, pero al mismo tiempo y de forma inseparable lo será el derecho de disposición sobre esos bienes¹⁵. Desde este punto de vista, el consentimiento del paciente no se ubica entre las causas de justificación, sino que se integra en el tipo. Así pues, el tratamiento, si es realizado sin el consentimiento del paciente, constituirá un delito de lesiones.

La postura adoptada por de Vicente Remesal está alineada con la expuesta en último lugar, si bien la conjuga con la adecuación social como causa de atipicidad penal (no como causa de justificación). Así, considera que las intervenciones médicas –generalmente en sus trabajos se refiere a las intervenciones quirúrgicas– realizan, en principio, el tipo de lesiones. Ahora bien, resultarán adecuadas social (y jurídicamente) si son practicadas contando con el consentimiento del paciente, entendiéndose en estos casos la adecuación social como una causa de atipicidad excluyente, ya de entrada, del tipo indiciario, y no como una causa de justificación¹⁶. Las virtudes de esta solución no son pocas. Por una parte, respeta el tipo positivo del CP (arts. 147 ss. y 152 CP), en el que se señala como bien jurídico protegido la integridad física y no sólo la salud. En segundo lugar, ofrece una solución

¹⁵ Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., El consentimiento informado, 1995, 469; el mismo, Derecho penal. PG. II, 2002, 171; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., El delito de lesiones, 1982, 23, 36, 40; BAJO FERNÁNDEZ, M., La intervención médica contra la voluntad del paciente (a propósito del auto de la sala segunda del ts de 14 de marzo de 1979), ADPCP 1979, 491-500, 499; BACIGALUPO ZAPATER, E., El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física, PJ 12-1990, 147-162, 151, 157; MOYANO GARCÍA, R., Consentimiento del paciente e imprudencia médica, CuadDJ 1993-I, 477-489, 481 s.; DE LA GÁNDARA VALLEJO, B., Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva, Madrid, Colex, 1995, 226 ss.; CORCOY BIDASOLO, M., Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: la eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico, en: El nuevo CP: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Ángel Torío López, Granada, Comares, 1999, 268 s.; en este grupo también incluiría a GUÉREZ TRICARICO, P., El tratamiento médico curativo y su licitud: el papel del consentimiento del paciente, Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2012, 320, 323 s., 331 s., 338, 341 s., 346, 349 s., 360 ss.; ROMEO MALANDA, S., Responsabilidad penal médica, 2013, 73-113, 99 ss.; el mismo, Los denominados «tratamientos médicos arbitrarios», 2015, 173-188, 180, 184; PANTALEÓN DÍAZ, M., Responsabilidad penal y civil médica por defectos de consentimiento informado, en: Cancio Meliá, M./Maraver Gómez, M./Fakhouri Gómez, Y./Rodríguez Horcajo, D./Basso, G. (coords.), Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, Universidad Autónoma de Madrid, Servicio de Publicaciones, Madrid, 2019, 683-696, 689 ss.; PEÑARANDA RAMOS, E., El consentimiento en las lesiones y el tratamiento médico-quirúrgico, en: Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, Universidad Autónoma de Madrid, Servicio de Publicaciones, Madrid, 2019, 697-712, 705 ss.; KRAUSS, D., Zur strafrechtlichen Problematik der eigenmächtigen Heilbehandlung, en: Festschrift für Paul Bockelmann, München, Beck, 1979, 572 ss.; MAURACH, R./GÖSSEL, K. H./ZIPF, H., Derecho penal. PG 2: Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho, trad. de la 7.ª ed. alemana Bofill, supervisada por Donna, Buenos Aires, Astrea, 1995, § 43 64; ROXIN, C., AT, t. I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 3.ª ed., München, Beck, 1997 (Derecho penal, PG, t. I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, trad. de la 2.ª ed. alemana y notas Luzón Peña, D-M./Díaz y García Conlledo, M./de Vicente Remesal, J., Madrid, Civitas, 1997), § 13 24.

¹⁶ Véase DE VICENTE REMESAL, J., El tratamiento jurídico-penal de las lesiones, LH-Corcoy, 2022, 517; el mismo, El consentimiento en las lesiones, RECPC, 23-19, 2021, 7 ss., 54.

interpretativa válida para toda clase de intervención, tanto como curativa como no curativa (las meramente estéticas), lo que no es menor, pues éste constituye precisamente uno de los problemas de más difícil solución para quienes defienden otras posturas¹⁷. En tercer lugar, la consideración, al menos inicial, de las intervenciones médicas desde el punto de vista jurídico-penal, no se hace depender del resultado, es decir, de si es favorable o desfavorable¹⁸. Y, en cuarto lugar, otorga la máxima consideración y protección de la libertad de decisión de la persona sobre su propio cuerpo y sobre su salud, de modo que solo el consentimiento del paciente, entendido como expresión de su decisión autónoma, hará que las lesiones causadas por la intervención médica sean impunes, incluso en casos extremos de puras intervenciones estéticas que puedan ser consideradas socialmente como irracionales o insensatas¹⁹.

III. EL CONCEPTO DE *LEX ARTIS* Y SU RELACIÓN CON EL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO

A partir de lo señalado anteriormente, de Vicente Remesal llega a otra de las tomas de postura más relevantes como es la relativa al concepto y contenido de la *lex artis*. Es cierto que desde el punto de vista jurídico-penal lo realmente relevante para determinar la imprudencia en la actuación médica es la concreción del deber objetivo de cuidado. Sin embargo, no es menos cierto que esta expresión ha hecho fortuna en relación con el debate jurídico sobre la actividad sanitaria tanto en la doctrina²⁰ como en la juris-

¹⁷ Véase DE VICENTE REMESAL, J., El tratamiento jurídico-penal de las lesiones, LH-Corcoy, 2022, 517 s.

¹⁸ DE VICENTE REMESAL, J., El tratamiento jurídico-penal de las lesiones, LH-Corcoy, 2022, 517 ss.

¹⁹ Así DE VICENTE REMESAL, J., El tratamiento jurídico-penal de las lesiones, LH-Corcoy, 2022, 519.

²⁰ El uso de la expresión *lex artis* en el ámbito médico-sanitario se puede ver en numerosos autores. Así, DEL ROSAL, J., De la responsabilidad médica (S. 10 de marzo de 1959), ADPCP 1959, 365-372, 370 s.; BOCKELMANN, P., Strafrecht des Arztes, 1968, 86 ss.; ROMEO CASABONA, C. M., La actividad curativa, 1981, 26; el mismo, El médico y el Derecho penal I, 1981, 69 s.; el mismo, Conducta peligrosa, 2005, 17; WILHELM, D., Verantwortung und Vertrauen bei Arbeitsteilung in der Medizin. Zu den rechtlichen Grenzen ärztlicher Sorgfalt, Stuttgart, Ferdinand Enke, 1984, 18; ESER, A., Medizin und Strafrecht: eine schutzgutorientierte Problemübersicht, ZStW 97 1985, 1-46, 12; MAJUNKE, P., Anästhesie und Strafrecht. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Anästhesisten, Stuttgart, Ferdinand Enke, 114; JORGE BARREIRO, AG., Actividad médico-quirúrgica, 1990, 44; el mismo, EPCr XIV 1989-90, 147; JORGE BARREIRO, AL., La imprudencia profesional, CuadDJ 1993-I, 221-262, 233; GRACIA GUILLÉN, Jurisprudencia y *lex artis*, en: MARTÍNEZ MARTÍN, D. J. (coord.), Responsabilidad del personal sanitario (actas del seminario conjunto sobre la responsabilidad del personal sanitario celebrado en Madrid los días 14, 15 y 16 de noviembre de 1994), Madrid, CGPJ, 1995, 56 s.; GALÁN CORTÉS, J. C./HINOJAL FONSECA, R., Valoración jurídica de los protocolos médicos, RGD 1996, 8171-8182, 8172 ss.; GARCÍA BLÁZQUEZ, M./MOLINOS COBO, J. J., Manual práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica (Aspectos jurídicos y médico-forenses), 2.ª ed., Granada,

prudencia²¹. Un sector considera que el deber de información y el consentimiento que de él se deriva forman parte de la *lex artis*²². La consecuencia de esta postura es que la infracción de este deber de información y la falta de un consentimiento válido por parte del paciente, conlleva una trasgresión de la *lex artis*, lo cual tendrá una incidencia mayor o menor en la consideración de esa conducta como imprudente según el valor que se le otorgue a la *lex artis* en la configuración del deber de cuidado. Otro sector considera que el deber de información destinado a obtener el consentimiento del paciente no forma parte de la *lex artis*²³.

De Vicente Remesal se decide por la primera de las opciones, entendiendo que la *lex artis* médica comprende no sólo la realización correcta desde el punto de vista técnico sino también el cumplimiento de los requisitos del consentimiento informado, pues el concepto de salud es relativo, depende de la consideración del propio paciente, no puede disociarse de su voluntad²⁴. Por

Comares, 1995, 18; CHOCLÁN MONTALVO, J. A., Deber de cuidado, 1998, 170; PALOU BRETONES, A., Responsabilidad del personal sanitario, LL 1999-6, 1934-1957, 1936; RODRÍGUEZ RAMOS, L., La responsabilidad civil y penal en la actividad médica y quirúrgica, en: MARTÍNEZ CALCERRADA, L./DE LORENZO Y MONTERO, R., Derecho médico. Tratado de Derecho sanitario, t. I, II, III, Madrid, Colex, 2001, 878 ss.; HAVA GARCÍA, E., La imprudencia médica, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, 57; SOTO NIETO, F., La inquietante conceptualización de la imprudencia profesional médica, LL 2002-7, 1817-1819., 1818 ss.; PENNEAU, J., La responsabilité du médecin, 3.ª ed., Paris, Dalloz, 2004, 23 s.; ORBEN, S., Rechtliche Verantwortung, 2004, 9; GÓMEZ RIVERO, M. C., La responsabilidad penal del médico, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, 337.

²¹ Véase, entre otras, STS 15-10-2002 (RJ 2002/9907), STS 19-7-2002 (RJ 1351/2002), STS 27-3-2002 (RJ 2002/5663), STS 23-10-2001 (RJ 2001/9074), STS 12-2-2000 (RJ 2000/688), STS 8-11-1999 (RJ 1999/8701), STS 25-5-1999 (RJ 1999/5253), STS 30-4-1999 (RJ 1999/4950), STS 22-1-1999 (RJ 1999/275), STS 18-11-1998 (RJ 1998/8632), STS 3-10-1997 (RJ 1997/7169), STS 29-2-1996 (RJ 1996/1339), STS 29-10-1994 (RJ 1994/8333), STS 31-5-1994 (RJ 1994/4408), STS 9-12-1993 (RJ 1993/9943), STS 18-11-1991 (RJ 1991/9448), STS 4-9-1991 (RJ 1991/6021), STS 14-9-1990 (RJ 1990/7320), STS 1-12-1989, STS 27-5-1988, STS 29-3-1988, STS 15-1-1986, STS 5-2-1981, STS 25-11-1980, STS 26-6-1980.

²² En este sentido se pronuncian GALÁN CORTÉS, J. C., La responsabilidad civil y penal del médico anestesista, 1995-1, LL, 1055-1073, 1062 ss.; el mismo, El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios, Madrid, Colex, 1997, 17; el mismo, Responsabilidad civil médica, 2.ª ed., Madrid, Civitas, 2007, 2007, 341; GALÁN CORTÉS, J. C./HINOJAL FONSECA, R., Valoración jurídica, 1996, 8179; ALONSO OLEA, M., El consentimiento informado en medicina y cirugía, RAP 155-2001, 7-25, 22; VIANA CONDE, A./DE SAS FOJON, A., El consentimiento informado del enfermo, LL 1996-2, 1330-1338, 1331; JORGE BARREIRO, AG., Actividad médico-quirúrgica, 1990, 72; PANTALEÓN DÍAZ, M., Ausencia de consentimiento, defecto de información y responsabilidad médica: perspectiva penal y civil (1), Diario La Ley, núm. 9277, 2018, 1-10, 1; la misma, Responsabilidad penal y civil médica por defectos de consentimiento informado, 683, 690; PEÑARANDA RAMOS, E., El consentimiento en las lesiones, LH-Jorge Barreiro, 2019, passim.

²³ Sostienen esta postura BLANCO CORDERO, I., Relevancia penal de la omisión o del exceso de información médica terapéutica, APen 1997, 575-603, 578; CHOCLÁN MONTALVO, J. A., Deber de cuidado, 1998, 177; GÓMEZ RIVERO, M. C., La responsabilidad penal del médico, 2008, 344; ROMEO CASABONA, C. M., La actividad curativa, 1981, 285 ss.; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V., Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias. Criterios para delimitar la responsabilidad penal en supuestos de intervención conjunta de los profesionales sanitarios, Marcial Pons, Madrid, 2012, 131 ss.; el mismo, El delito de tratamiento médico arbitrario, RECPC 19-03, 2017, 52.

²⁴ Véase DE VICENTE REMESAL, J., El tratamiento jurídico-penal de las lesiones, LH-Corcoy, 2022, 522; DE VICENTE REMESAL, J., El consentimiento en las lesiones, RECPC, 23-19, 2021, 8, 12.

otra parte, también se pronuncia respecto a la expresión *lex artis ad hoc*²⁵, utilizada, de forma generalizada, tanto en la jurisprudencia²⁶ como en la doctrina²⁷. Pues bien, para de Vicente Remesal «dicha expresión es, sin embargo, innecesaria, redundante e incluso equívoca»²⁸.

IV. LA LIBRE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DEL PACIENTE SOBRE SU INTEGRIDAD FÍSICA Y SU SALUD COMO BIEN JURÍDICO MERECEDOR DE LA MÁXIMA PROTECCIÓN

Como se ha señalado anteriormente, de Vicente Remesal defiende que toda intervención médica que suponga una afectación a la integridad física o a la salud requiere del consentimiento del paciente. La autonomía de la voluntad sobre el propio cuerpo, sobre la salud, constituye, según su punto de vista, un bien jurídico merecedor de la máxima protección, de tal forma que, sin decisión

²⁵ Acuñada por MARTÍNEZ CALCERRADA, L., Especial estudio de la denominada «*lex artis ad hoc*» en la función médica, AC 1986-1., 1697 ss.; el mismo, en: MARTÍNEZ CALCERRADA, L./DE LORENZO MONTERO, R. (dir.), Tratado, 2001, 464 ss.

²⁶ La expresión *lex artis ad hoc* se ha ido incorporando al lenguaje jurídico en las SAP, sustituyendo, complementando o identificando, según los casos, el concepto de deber de cuidado. Este uso se puede ver en: SAP Tarragona 11-4-2005 (ARP 2005/289), SAP Murcia 27-12-2004 (JUR 2005/33658); SAP Baleares 18-10-2004 (JUR 2004/310007); SAP Madrid 24-9-2004 (JUR 2004/277619); SAP Barcelona 23-9-2004 (JUR 2004/308771); SAP Soria 1-7-2004 (JUR 2004/244217); SAP Granada 1-6-2004 (JUR 2005/59669); SAP Tarragona 17-5-2004 (JUR 2004/199309); SAP Granada 17-5-2004 (JUR 2004/199340); SAP Tarragona 4-5-2004 (JUR 2004/200043); SAP Granada 1-4-2004 (JUR 2004/154149); SAP Castellón 23-3-2004 (JUR 2004/112469); SAP León 10-3-2004 (JUR 2004/96936); SAP Sevilla 26-2-2004 (JUR 2004/106028); SAP Valladolid 17-2-2004 (JUR 2004/82989); SAP Tarragona 11-12-2003 (JUR 2004/29770); SAP Zaragoza 1-12-2003 (JUR 2004/97362); SAP Vizcaya 17-10-2003 (JUR 2003/24165); SAP Valladolid 14-10-2003 (JUR 2004/75269); SAP Sevilla 3-9-2003 (JUR 2003/242348); SAP Zaragoza 31-7-2003 (JUR 2003/195474); SAP Vizcaya 11-4-2003 (JUR 2003/238879); SAP Burgos 7-3-2003 (ARP 2003/387); SAP Baleares 28-6-2002 (ARP 2002/621); SAP Barcelona 10-5-2002 (JUR 2002/198443); SAP León 9-1-2002 (JUR 2002/95604); SAP Asturias 9-11-2001 (JUR 2002/53218); SAP Las Palmas 2-3-2001 (JUR 2001/160683); SAP Salamanca 23-2-2001 (JUR 2001/138410); SAP León 9-1-2001 (JUR 2001/120679); SAP Huelva 1-7-2000 (JUR 2001/2542); SAP Toledo 25-5-2000 (ARP 2000/1080). Este concepto ha sido acogido en diferentes sentencias de la Sala 1.^a del TS con motivo de reclamaciones fundamentadas en supuestos de culpa o negligencia civil, entre otras pueden citarse: las de 7-2-1990 (RJ 1990/ 668), 26-6-1990 (RJ 1990/ 4945), 11-3-1991 (RJ 1991/ 2209) y 23-3-1993 (RJ 1993/ 2545); SAP Murcia 29-12-1998 (ARP 1998/5188); SAP Baleares 26-10-1998 (ARP 1998/4696); SAP Zaragoza 16-7-1998 (ARP 1998/2948).

²⁷ Así en: VENTAS SASTRE, R., Imprudencia médica y derecho penal, CPC 2005, 169-183, 179; GÓMEZ RIVERO, M. C., La responsabilidad penal del médico, 2008, 338; HAVA GARCÍA, E., La imprudencia médica, 2001, 62; FEIJOO SÁNCHEZ, B., Resultado lesivo e imprudencia: estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado», Barcelona, Bosch, 2001, 313; JORGE BARREIRO, AL., Jurisprudencia penal y *lex artis medica*, en: MARTÍNEZ MARTÍN (coord.), Responsabilidad del personal sanitario (actas del seminario conjunto sobre la responsabilidad del personal sanitario celebrado en Madrid los días 14, 15 y 16 de noviembre), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995, 72.

²⁸ Véase DE VICENTE REMESAL, J., El tratamiento jurídico-penal de las lesiones, LH-Corcoy, 2022, 522.

del paciente, no hay auténtica salud. Se trata de una visión radicalmente humanista y humanizadora de la medicina, que sitúa al paciente en el centro del acto médico y que obliga a remover algunos pilares sobre los que se ha asentado tradicionalmente el ejercicio de la medicina y que todavía hoy parecen inamovibles. La libre autodeterminación sobre el propio cuerpo y la salud del paciente, constituyen bienes jurídicos co-prottegidos por el delito de lesiones. Así, se muestra extremadamente crítico con quienes entienden que en estos casos no habrá un delito de lesiones sino un delito contra la libertad²⁹. Pero esta crítica se incardina en un análisis minucioso del Derecho positivo español. Al resultar prácticamente imposible encontrar un tipo penal entre los delitos contra la libertad en el que pueda subsumirse una actuación médica con resultado favorable, pero realizada sin el consentimiento del paciente, entiende que además de las razones dogmáticas ya referidas, se añaden otras de política criminal que justifican la aplicación del tipo de lesiones (arts. 147 ss. CP)³⁰. De Vicente Remesal no acoge la propuesta de crear *de lege faerenda* un tipo de tratamiento médico arbitrario³¹. Por un lado, porque con su interpretación del delito de lesiones se hace innecesario ese tipo penal, por otro, porque considera que cuando la intervención médica se realiza sin el consentimiento, independientemente de que el resultado obtenido sea entendido como favorable o no por la ciencia médica, lo cierto es que se afecta a la libertad de decisión sobre el propio cuer-

²⁹ Entre otros, DÍAZ VALCÁRCEL, L. M., La revisión del Código Penal y otras leyes penales: Decretos de 24 de enero y 28 de marzo de 1963, Barcelona, Nauta, 1963, 181 s.; ANTÓN ONECA, J., Notas críticas al Código penal. Las lesiones, en: Estudios de Deusto, 25-26, 1965. Número-Homenaje dedicado Julián Pereda con ocasión de su 75.º aniversario, Bilbao, Universidad de Deusto, 1965, 791; ROMEO CASABONA, C. M., El médico y el Derecho penal I, 1981, 286; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., El delito de lesiones, 1982, 32; JORGE BARREIRO, AG., La relevancia jurídico-penal del consentimiento, 1982, 16; el mismo, Derecho a la información y el consentimiento informado, 1996, 164; HIGUERA GUIMERÁ, J. F., El delito de coacciones, 2.ª ed., Barcelona, Bosch, 1983, 219; LÓPEZ BARRIA DE QUIROGA, J., Derecho Penal. PG. II. Introducción a la teoría jurídica del delito; IV. Las consecuencias jurídicas del delito. El Derecho penal de ejecución, Madrid, Marcial Pons, 2002, 169; GÓMEZ RIVERO, M. C., La responsabilidad penal del médico, 2008, 343 s.; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V., El delito de tratamiento médico arbitrario, RECPC 19-03, 2017, passim.

³⁰ Véase DE VICENTE REMESAL, J., El tratamiento jurídico-penal de las lesiones, LH-Corcocoy, 2022, 523.

³¹ Véase DE VICENTE REMESAL, J., El tratamiento jurídico-penal de las lesiones, LH-Corcocoy, 2022, 525. Esta opción es defendida, entre otros, por ANTÓN ONECA, J., Notas críticas al Código penal. Las lesiones, 1965, 791, no llega a proponer la introducción de un tipo específico, pero deja entrever su valoración positiva; BAJO FERNÁNDEZ, M., Manual de Derecho Penal. PE. Delitos contra las personas, 2.º ed., Madrid, Ceura, 1987, 164; JORGE BARREIRO, AG., La imprudencia punible, 1990, 82 s.; el mismo, Derecho a la información y el consentimiento informado, 1996, 167 s.; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M./SERRANO GÓMEZ, A., Derecho penal español, PG, 18.ª ed., Madrid, Dykinson, 1995, 496; VILLACAMPA ESTIARTE, C., Responsabilidad penal del personal sanitario, 2003, 70; JERICÓ OJER, L., Consentimiento informado, actuación médica y Derecho penal, en: ALENZA GARCÍA, J. F./ARCOS VIEIRA, M. L. (dirs.), Nuevas perspectivas jurídico-éticas en Derecho sanitario, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2013, 367; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V., El delito de tratamiento médico arbitrario, RECPC 19-03, 2017, passim.

po o salud del paciente, e invariablemente esto supone la afectación a su salud, definida necesariamente en un sentido subjetivo. Desde esta óptica, no sería correcto afirmar aquí «sólo» un delito contra la libertad, hay algo más.

V. LA INCORPORACIÓN DE LAS CAPACIDADES ESPECIALES EN EL BAREMO DEL SUJETO MEDIO IDEAL A EFECTOS DE IMPRUDENCIA

La actividad médica ha sido el laboratorio en el que de Vicente Remesal también ha sometido a prueba algunas de las tesis o tomas de postura más arriesgadas en relación con determinados elementos y categorías del delito sobre las que se ha pronunciado. En particular, las relativas a la imprudencia. Junto con el análisis y grado de integración en el deber objetivo de cuidado, de Vicente Remesal ha dedicado buena parte de su producción científica a revisar el contenido del baremo referencia en la determinación de la infracción del deber objetivo de cuidado. Sobre este elemento se ha discutido si debe objetivarse, y, de ser el caso, hasta dónde, o no. La decisión tiene que ver con el tratamiento de los conocimientos y capacidades, inferiores y superiores, del concreto autor a los efectos de responsabilidad penal. De Vicente Remesal se pronuncia tras un análisis en profundidad sobre la cuestión más problemática y, por tanto, sobre la que no existe consenso, como es la valoración de las capacidades especiales del concreto autor en la determinación del deber de cuidado. Se trata, desde su punto de vista, de una cuestión que atañe tanto al tipo objetivo como a la parte subjetiva del tipo imprudente, concluyendo que las capacidades plantean el mismo problema que los conocimientos especiales y las capacidades normales en lo que se refiere al fundamento de su exigibilidad³². Esta idea se incardina en la tradición de la teoría del bien jurídico, entendiendo que el Derecho penal tiene como finalidad la protección de bienes jurídicos. Rechaza, por tanto, de plano las teorías funcionalistas, defendiendo que jurídico-penalmente se trata de evitar lo evitable. A partir de aquí, se muestra contrario a la teoría de la referencia exclusiva al promedio³³, pero también respecto de las teorías individualizadoras³⁴, y mismo de la denominada teoría intermedia –o de la generalización hacia abajo e individualización hacia arriba– si

³² Véase DE VICENTE REMESAL, J., El criterio de la figura baremo referencial, LH-Luzón, 2020, 598. Otra cuestión, como el propio autor advierte, es la de su demostrabilidad.

³³ Véase DE VICENTE REMESAL, J., El criterio de la figura baremo referencial, LH-Luzón, 2020, 607.

³⁴ Véase DE VICENTE REMESAL, J., El criterio de la figura baremo referencial, LH-Luzón, 2020, 606.

pierde de vista el criterio objetivo-general, pues incluiría el empleo de todas las capacidades especiales, también las innatas o personalísimas³⁵. Precisamente, es en relación con las capacidades especiales el punto en que de Vicente Remesal adopta una posición que difiere de la de su maestro, Diego-Manuel Luzón Peña, aunque realmente se trate de una diferencia de matiz, pues entiende que no deberían ser exigibles las capacidades personalísimas del concreto autor, pero sólo esas, pudiendo, sin embargo, exigirse las demás capacidades susceptibles de adquisición, desarrollo, mejora, perfeccionamiento, que serán la mayoría³⁶. Para sostener esta postura, desarrolla una sólida y profunda argumentación sobre la diferencia entre conocimientos y capacidades, y, a su vez, entre capacidades adquiribles y no adquiribles (personalísimas), habiendo previamente delimitado la distinción entre «transferible» y «adquirible»³⁷.

VI. LA SEGURIDAD DEL PACIENTE COMO UN PROBLEMA DE ATENCIÓN DE LA SALUD. ESTRATEGIAS PREVENTIVAS MÁS ALLÁ DEL DERECHO PENAL

Por último, de Vicente Remesal ha desarrollado un intenso trabajo de investigación centrado en la seguridad del paciente, con planteamientos audaces a caballo entre la dogmática y la política criminal. Y es que una de las principales preocupaciones del profesor de Vicente es la relativa a la protección del paciente frente a los posibles errores médicos, en la línea de la visión humanista que le caracteriza, pero precisamente por coherencia con esa visión, se ha puesto en el lado de los profesionales sanitarios para tratar de dar razones explicativas de los errores y soluciones a los mismos. Desde este punto de vista, en numerosos trabajos se ha ocupado de sistematizar el análisis de las fuentes de información sobre eventos adversos en la práctica médica, para llevar a cabo a continuación una taxonomía de dichos eventos y errores médicos, llegando finalmente a sistematizar los factores latentes de riesgos³⁸. Para ello de Vicente Remesal ha hecho una revisión exhaustiva de estudios, informes, protocolos, documentos y guías elaborados desde organizaciones internacionales, instituciones y doctrina. Nos proporciona una definición clarividente de seguridad del paciente, entendida como la evitación de eventos indeseados en los

³⁵ Véase DE VICENTE REMESAL, J., El criterio de la figura baremo referencial, LH-Luzón, 2020, 607.

³⁶ Véase DE VICENTE REMESAL, J., El criterio de la figura baremo referencial, LH-Luzón, 2020, 608.

³⁷ Véase DE VICENTE REMESAL, J., El criterio de la figura baremo referencial, LH-Luzón, 2020, 608 s.

³⁸ Así DE VICENTE REMESAL, J., Factores latentes de riesgo, Liber amic.-Wolter, 2018, 80 ss.

tratamientos y en el ejercicio de la praxis médica, las estrategias para el control de errores, sistémicos e individuales, que deben ser tenidos en cuenta por los sistemas de gestión de riesgos, cuya finalidad es despejar la incertidumbre sobre los objetivos e introducir las medidas preventivas adecuadas y posibles³⁹. Así pues, señala que «desde la perspectiva de la cultura proactiva de la seguridad, frente a la reactiva de la inculpación o culpabilización (...) los datos más relevantes extraídos de las fuentes de información deben referirse a la identificación de los errores y de los factores latentes de riesgo»⁴⁰. A partir de este análisis, las principales conclusiones que nos ofrece son que prácticamente el 50% de los errores son evitables, que la mayoría son sistémicos-institucionales frente a los individuales y que una parte muy importante de determinados daños (como los iatrogénicos) son consecuencia de acciones imprudentes⁴¹. Ante esto, pone en duda la efectividad preventiva en este ámbito de actividad de las penas en comparación con otras estrategias preventivas diferentes y no provocadas precisamente por aquéllas⁴².

VII. DEDICATORIA

Con esta contribución quiero sumarme al homenaje tan merecido de mi muy respetado y querido maestro, el Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal.

Fue en las clases de la Universidad de Vigo, de la entonces Licenciatura en Derecho, en los estertores del siglo pasado, cuando conocí al, para mí entonces como para mis condiscípulos, «Profesor Remesal». Corría el año de 1997 y un grupo de alrededor de cien estudiantes frecuentábamos las aulas de la recientemente creada titulación de Derecho, rama económico-empresarial, en el Campus de Vigo, que entonces operaba como sección delegada de la Facultad de Derecho, sita en el Campus de Ourense. Dada la novedad de estos estudios, los medios con los que se contaba eran precarios, al punto de que estábamos de prestado en el edificio de la Facultad de Ciencias del Mar, donde compartíamos aulas, pasillos y cafetería, con estudiantes y docentes de Biología y Ciencias del Mar, creándose así un ecosistema de lo más curioso e interesante. Los despachos del profesorado se ubicaban en otro lugar, el conocido como «Edificio Fundición», y hasta allí hacíamos largas caminatas monte a

³⁹ Véase DE VICENTE REMESAL, J., Factores latentes de riesgo, Liber amic.-Wolter, 2018, 158 s.

⁴⁰ Así DE VICENTE REMESAL, J., Factores latentes de riesgo, Liber amic.-Wolter, 2018, 161.

⁴¹ Así DE VICENTE REMESAL, J., Factores latentes de riesgo, Liber amic.-Wolter, 2018, 183.

⁴² Así DE VICENTE REMESAL, J., Factores latentes de riesgo, 2018, 183 s.; DE VICENTE REMESAL, J., Limitaciones de la intervención penal, CPC, 124, 2018, 106 ss.

través para poder atender a las tutorías con nuestros profesores⁴³. A comienzos de aquel año, en segundo curso de carrera, afrontábamos, por primera vez, la materia de Derecho penal. Naturalmente, la expectación era máxima, pues se trataba de una asignatura icónica. Debo decir que, en aquel curso de Parte general, no sólo se vieron colmadas nuestras expectativas, sino superadas con creces. Siempre se comenta que es virtud del profesor o profesora hacer que el alumnado adquiera gusto por una asignatura, más que el valor o contenido mismo de ésta. Sin lugar a dudas, la figura del Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Vigo, Javier de Vicente Remesal y su desempeño en el aula corroboró aquella afirmación: su presencia, su pausa, su claridad en la exposición, su tono grave, su capacidad para escuchar las preguntas y responder con precisión, su trato siempre respetuosísimo del alumnado y, por supuesto, su dominio y pasión del y por el Derecho penal. Allí nació mi fascinación por este ámbito de conocimiento, al tiempo que mi profundo respeto y admiración por mi maestro. Ese feliz descubrimiento encontró continuidad en mi último curso de licenciatura cuando Javier aceptó avalar mi solicitud de una beca de colaboración del Ministerio de Educación que pude disfrutar, coincidiendo con su último año como Vicerrector de Organización Académica y Profesorado de la Universidad de Vigo. Ya entonces, con enorme generosidad a pesar de sus múltiples ocupaciones, me recibía, cuando así lo requería, en su despacho del edificio de la rectoría, situado en la calle Oporto de la ciudad de Vigo. Javier impulsó mi carrera académica y me apoyó permanentemente en todas las etapas de este largo y proceloso camino. En el año 2001 asumió el compromiso de dirigir mi tesis doctoral sobre responsabilidad penal médica y, vinculada a ésta, respaldó mi candidatura a una beca predoctoral de la Universidad de Vigo. Su obtención me permitió trabajar intensamente en la tesis, así como realizar una estancia predoctoral de todo un curso académico en la Universidad de Göttingen. Ese compromiso de Javier también quedó reflejado en el hecho de abrirme las puertas a la Escuela de su maestro, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña. De hecho, fue en el año 2002 cuando asistí por vez primera al Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho penal de la Universidad de Alcalá. En este año 2024 se cumplen 25 años del ci-

⁴³ Para quien no lo conozca, el Campus de Vigo está ubicado en Lagoas-Marcosende, la cima de una cadena montañosa que separa el do Frago del Val da Louriña y del Val Miñor. Se sitúa a una distancia aproximada de 15 km. desde el centro de la ciudad de Vigo. Durante los primeros años de andadura en solitario de la Universidad de Vigo tras disgregarse de la Universidad de Santiago de Compostela, junto con la Universidad de A Coruña, en el año 1990, los recursos materiales eran escasos. Había que construir una universidad prácticamente desde cero, con muy pocos edificios, y sin apenas infraestructuras. En ese emplazamiento extraordinario desde el punto de vista paisajístico, para llegar de un edificio a otro había que, en ocasiones, cruzar monte a través.

tado Seminario y basta una rápida mirada atrás para darse cuenta de la enorme importancia del citado encuentro y de la Escuela dirigida por el Prof. Luzón, que trasciende lo académico. El pertenecer desde entonces a esta Escuela de la mano de mi maestro, tiene para mí, sencillamente, un valor incalculable. Tanto es así que no fueron pocos los momentos que conté con el apoyo de muchos de los miembros de la Escuela, en particular, del hermano académico de mi maestro, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo, que, coincidiendo con la finalización de mi beca predoctoral, me recibió en calidad de colaborador honorífico del Departamento de Derecho público en la Universidad de León. Defendí con éxito la tesis doctoral titulada «La responsabilidad penal en la actividad médico-sanitaria», en julio de 2008, culminando así un proceso que recuerdo plagado de vivos debates con Javier, así como con mi compañera de área, Marta, la Profa. Dra. García Mosquera, que se unía en los cafés de media mañana, o a la llamada del propio Javier a su despacho. Y es que he de decir que tuve la gran fortuna de desarrollar una tesis doctoral enmarcada en una línea de investigación por la que mi maestro apostó decididamente y a la que, como he intentado poner de manifiesto, dedicó (y sigue dedicando) gran parte de su tiempo.

Javier supo crear un buen ambiente de trabajo en el área de Derecho penal de la Universidad de Vigo, facilitando el entendimiento y la cooperación. En ese sentido, no quiero dejar de decir que me siento afortunado por compartir área desde mi incorporación a la Universidad con la Profa. García Mosquera, con la que he trabajado y lo sigo haciendo codo con codo, con la máxima confianza y lealtad, siempre teniendo a nuestro maestro como referente.

En el curso en que acabé defendiendo mi tesis doctoral, Javier depositó toda su confianza en mí para que me encargase de la docencia de Derecho penal, Parte general y Parte especial en la Facultad de Derecho del Campus de Ourense. Desde el año 2007, con su respaldo, he venido ocupándome de la docencia y la gestión del área de Derecho penal en el Campus de Ourense, combinando estas responsabilidades con tareas en el Campus de Vigo e, incluso, de Pontevedra en algún momento, pasando por distintas figuras docentes, hasta alcanzar la plaza de contratado doctor en el año 2010, y concursando exitosamente a la plaza de profesor titular en el año 2022. En ese periplo, ocupé, entre otros, los cargos de Vicedecano de la Facultad de Derecho y de Vicerrector del Campus de Ourense de la Universidad de Vigo, habiendo siempre contado con el impulso de mi maestro que me animó a aceptar tales empresas, así como con sus buenos consejos y apoyo durante el desempeño de aquellas funciones.

Cada uno de esos hitos van dedicados a ti, querido maestro, pues sin ti no sólo no hubieran sido posibles, sencillamente, no tendrían sentido. Te agradez-

co tu entusiasmo por el Derecho penal, tu compromiso conmigo desde el primer momento, tu tiempo y dedicación, respaldo, y tu profundo respeto, tu amistad, que yo trato de corresponder, espero que, por muchos, muchos años más.

Muchas gracias por todo, querido Javier.

CAPÍTULO XXXIII

DELITOS DE POSICIÓN, *EXTRANEUS* Y ARTÍCULO 65.3 CP¹

RICARDO ROBLES PLANAS

Catedrático de Derecho penal. Universidad Pompeu Fabra,
Barcelona.

I. EL PROBLEMA

La cuestión del tratamiento de la responsabilidad del *extraneus* en los denominados «delitos especiales» siempre ha resultado controvertida porque puede someterse a dos lógicas antagónicas. Por un lado, la de la no accesoriadad de aquellos elementos que convierten a un delito en «especial», que entonces solo se apreciarían en quienes concurrieran. Por el otro, la de su accesoriadad, de modo que pueda castigarse también a quien no reúne aquellos elemento por el mismo delito que el que sí los reúne. Aunque la primera lógica parece especialmente respetuosa con el principio de responsabilidad personal y resulta particularmente defendible en los denominados «delitos especiales improprios», tiene dificultades a la hora de ser aplicada a los «delitos especiales propios», por cuanto su mantenimiento coherente llevaría a la impunidad del partícipe *extraneus*. El segundo enfoque resuelve esta última cuestión aunque pagando el precio de olvidar la existencia de tipos comunes en los delitos especiales improprios, que serían del todo intrascendentes para el *extraneus* que interviene en un delito especial. El problema no tiene fácil solución pues am-

¹ El trabajo se enmarca en el Proyecto PID2020-115863GB-I00, financiado por la Agencia Estatal de Investigación.

bas lógicas pueden defenderse y combinarse de forma matizada en función del elemento especial en cuestión.

Una primera gran posibilidad teórica de armonización es la de convertir a todos los delitos especiales en delitos especiales impropios. Esta posibilidad, como se ha visto, tiene que vencer el problema de la ausencia de tipos subyacentes en los delitos especiales propios. Tal dificultad ha sido superada entendiendo que a estos últimos subyacerían una suerte de tipos «elípticos» en virtud de los cuales sería posible castigar al *extraneus*. La segunda construcción teórica opera a la inversa: convierte a todos los delitos especiales en delitos especiales propios. La crítica relativa al olvido de las valoraciones expresadas en los tipos comunes se supera proponiendo el castigo atenuado de todo *extraneus*.

Existe un tercer planteamiento doctrinal que se mueve en unas coordenadas sustancialmente distintas, superando el formalismo que acompaña a las anteriores posiciones. Lo relevante en él no es la distinción entre delitos especiales propios e impropios, sino la naturaleza del injusto castigado en cada figura. Este injusto, con independencia de cómo esté redactado el tipo en cuestión, puede ser o no ser «verdaderamente *especial*». Si no lo es (es decir, si solo es «aparentemente especial») nada obsta a castigar tanto a *intranei* como a *extranei*. Si lo es, entonces solo tendría sentido castigar a los *intranei*.

Sin perjuicio de lo que se añadirá después, no es este el lugar para profundizar en esta discusión teórica. Al respecto, ya existe en nuestra literatura especializada una obra que lo hace, donde cada planteamiento teórico se halla perfilado y defendido por sus partidarios frente a las críticas de los contrarios². En este sentido, podría decirse que el debate doctrinal –como en tantos otros temas– se halla aún a la espera de una solución «vencedora». El propósito de estas páginas es otro mucho más limitado: el de analizar cómo está interpretando nuestro Tribunal Supremo un precepto de capital importancia en este asunto, el artículo 65.3 CP, que desde el año 2003 se incorporó a nuestro Código penal con el confesado fin de dar cobertura legal a una jurisprudencia que ya venía operando en términos similares.

Naturalmente y dado que los planteamientos señalados confieren una trascendencia desigual a la cláusula del artículo 65.3 CP, el análisis podrá arrojar como conclusión una mayor o menor aproximación de la jurisprudencia a cada uno de ellos.

² Cfr. las contribuciones de PEÑARANDA RAMOS, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, RUEDA MARTÍN, GÓMEZ MARTÍN, RIGGI y ROBLES PLANAS en ROBLES PLANAS (dir.), La responsabilidad en los «delitos especiales», 2014.

II. EL ARTÍCULO 65.3 CP Y EL CARÁCTER POTESTATIVO DE LA REBAJA DE PENA PREVISTA

El artículo 65.3 CP faculta a los jueces y tribunales a imponer la pena inferior en un grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate «cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor».

Dejando ahora de lado las importantes dudas que en la doctrina española suscitó la introducción de esta cláusula³, para la jurisprudencia no resultaba un cuerpo extraño habida cuenta de la aplicación de la atenuación analógica al *extraneus* que se venía realizando desde hacía algunos años. Lo que sí despertó interrogantes en los tribunales fue la cuestión de cuándo procedía la operatividad de la rebaja de pena dado su carácter potestativo. Pronto surgieron dos líneas jurisprudenciales. La primera, reacia a este carácter potestativo. La segunda, favorable. La línea reacia se mostraba así de contundente:

«Aunque el artículo 65.3 CP sólo contenga una atenuación facultativa de la pena, nuestra jurisprudencia, apoyada en el artículo 1 CE, ha considerado que la pena del *extraneus* en delitos especiales propios debe ser necesariamente reducida respecto de la del autor, dado que no infringe el deber cuya infracción es determinante de la autoría, razón por la cual el contenido de la ilicitud es menor» (STS 661/2007, de 13-7-2007, ponente Bacigalupo Zapater)⁴.

«Aunque aquel precepto establece que la disminución de pena al partícipe del delito especial propio es una posibilidad de la que dispone el Tribunal, no es menos cierto que, dado que en ese partícipe no concurre el mismo deber que en el autor propio, la disminución de la pena prevista para éste derivaría de que, la ausencia del incumplimiento de deberes, exigibles al autor propio, ya reclama, salvo excepción, esa disminución de pena en comparación al autor» (STS 1300/2009, de 23-12-2009, ponente Varela Castro).

³ Cfr., por ejemplo, desde una perspectiva, QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, Comentarios al nuevo Código penal, 3.ª ed., 2004, p. 424; desde otra, RIGGI, El nuevo artículo 65.3 del Código Penal: entre el debate dogmático y las consecuencias político-criminales, Revista de Derecho Penal, 15, 2005, pp. 11 ss.

⁴ Es cierto que en una anterior sentencia del mismo ponente se sugería una posición algo distinta: atenuación obligatoria dentro del mismo marco penal y facultativa en un grado inferior (STS 759/2006, de 13-07-2006, ponente Bacigalupo Zapater). Sin embargo, salvo en la STS 765/2013, de 22-10-2013, ponente Conde-Pumpido Tourón y de modo muy indirecto, este planteamiento no ha sido seguido con posterioridad por el Tribunal Supremo.

Por su parte, la línea favorable al carácter potestativo de la rebaja se manifestó a su vez tempranamente:

«El artículo 65.3 permite facultativamente reducir en un grado la pena al extraño en la relación funcional y el ejercicio de esa facultad, deber ser razonable y fundada. Ha de tenerse en cuenta no sólo la específica relación funcional, pues se trata de delitos de infracción de deber en los que sólo el funcionario tiene el dominio de la acción, también la gravedad de la conducta realizada [*sic*]» (STS 627/2006, de 08-06-2006, ponente Martínez Arrieta).

Transcurrido poco tiempo esta segunda fue la línea que se impuso en el Tribunal Supremo, especialmente a partir de la STS 1394/2009, de 25-01-2010, ponente Marchena Gómez:

«El que el legislador no haya impuesto con carácter imperativo la rebaja de pena –hecho que se desprende con facilidad de la utilización del vocablo *podrán*–, es bien expresivo de que la diferente posición del particular respecto de quien no quebranta ese deber de fidelidad exigible a todo funcionario o asimilado, no siempre justifica un tratamiento punitivo diferenciado, que conduzca necesariamente a la rebaja en un grado de la pena imponible al autor material. En definitiva, esa regla general podrá ser excluida por el Tribunal siempre que, de forma motivada, explique la concurrencia de razones añadidas que desplieguen mayor intensidad, frente a la aconsejada rebaja de pena derivada de la condición de tercero del partícipe»⁵.

Por tanto, la regla general desde entonces es la rebaja de pena al *extra-neus*; pero esta regla puede ser excluida en el caso concreto si se produce una motivación especial y suficiente:

«Efectivamente, nuestra jurisprudencia afirma que se trata de una facultad del Tribunal la rebaja de la pena en estos casos; igualmente hemos señalado que en principio la regla general debe ser favorable cuando se trata de no funcionarios precisamente porque no cabe predicar de los mismos la infracción de un deber especial; y que la no aplicación debe ir precedida de una motivación especial y suficiente» (STS 508 /2015, de 27 de julio, ponente Saavedra Ruiz).

Tal motivación se estima producida si el tribunal basa la no rebaja de pena considerando «la naturaleza e intensidad de la participación» (STS 891/2016, de 25 de noviembre de 2016, ponente Maza Martín).

⁵ La siguen, entre muchas otras, las SSTs 841/2013, de 8-11-2013, ponente Soriano Soriano; 508/2015, de 27-07-2015, ponente Saavedra Ruiz); 130/2021, de 12-02-2021, ponente Hernandez Garcia.

Dado que la no rebaja de pena al *extraneus* debe ir precedida de motivación, resulta ilustrativo un breve repaso de tales motivos:

– En un delito de malversación: «persistía la abundante repetición de ilícitos y la permanencia en el tiempo, a lo que se debía añadir como dato influyente la condición de letrado del recurrente, circunstancia que le daba un especial protagonismo en el plan trazado, dados sus conocimientos jurídicos. Asimismo es el acusado el que personal y directamente se beneficiaba con los caudales sustraídos, sin perjuicio de que compartiera el botín con otros implicados» (STS 841/2013, de 8-11-2013, ponente Soriano Soriano).

– En delitos de cohecho, prevaricación y fraude: «condición de funcionario aunque no especialmente calificado para cometerlos [los delitos especiales] en el caso concreto» (STS 508/2015, de 27-07-2015, ponente Saavedra Ruiz).

– De nuevo, en una malversación: «fue el que presentó los presupuestos y facturas falsos y a su favor se hicieron los pagos indebidos» (STS 891/2016, de 25-11-2016, ponente Maza Martín).

– En una estafa del artículo 251 CP: «estamos según describe la sentencia ante casi un inductor, con un protagonismo de igual o mayor nivel que el autor principal» (STS 238/2021, de 15-03-2021, ponente Del Moral García).

– En una prevaricación: «tenía la misma consideración de funcionario público (...) Cierto es que no dictó ninguna resolución (...) en todo caso, cooperó a su ejecución conociendo que la resolución injusta se iba a emitir y que era necesaria para satisfacer la planificación criminal compartida (...), reservándose él una serie de funciones de ejecución que coadyuvaban con el resultado final » (STS 657/2021, de 11-05-2021, ponente Llarena Conde).

– En una administración desleal: «a la vista de la intensidad de su intervención colaborativa en la comisión de los hechos que parece, si no superior, al menos tan cualificada como la ejecutada por el autor en quien concurría la condición de administrador, entendiéndose que compartían ambos condenados el dominio material de la ejecución de los hechos» (STS 867/2022, de 04-11-2022, ponente Lamela Díaz).

Puede, entonces, resumirse la situación hoy por hoy en la jurisprudencia del Tribunal Supremo del siguiente modo: (i) se parte de una concepción formalista de los delitos especiales; (ii) estos son todos aquellos en los que el legislador utiliza especiales características para ser autor; (iii) a todos ellos les resulta aplicable, en principio, la rebaja de pena del art. 65.3 CP en aquellos intervinientes en los que no concorra la cualidad especial para ser autor (*extraneus*); (iv) ahora bien, esta regla general puede ser exceptuada si se motiva

suficientemente la razón por la que, pese a ser *extraneus*, el interviniente ha llevado a cabo una conducta de participación de especial intensidad.

De este modo se produce una situación *prima facie* curiosa: en los delitos especiales la rebaja de la pena opera frente a todo *extraneus* pero solo si interviene de una forma «poco» intensa. En caso contrario, el *extraneus* y el *intraneus* pueden castigarse del mismo modo⁶. ¿Es este proceder del Tribunal Supremo razonable? A mi modo de ver sí lo es, con matices; pero para llegar a esta conclusión es necesario proceder a una materialización de la dogmática de los delitos especiales que –aunque a mi juicio está latente en la posición del Tribunal Supremo– supone apartarse de algunas de las premisas de partida del alto tribunal y sustituirlas por otras más adecuadas a su propia comprensión de la individualización de la responsabilidad penal en este ámbito. Veamos con el detenimiento aquí posible cómo habría de producirse este cambio de perspectiva.

III. MATERIALIZANDO LOS DELITOS «ESPECIALES»: DELITOS DE POSICIÓN Y DELITOS DE DEBER

Ya se ha aludido al punto de partida formalista en la comprensión de los delitos especiales por parte de Tribunal Supremo (y por parte de la doctrina todavía hoy dominante): estos serían todos aquellos en los que el legislador restringe el círculo de sujetos para ser autor. Sin embargo, desde hace ya –al menos– dos décadas, un sector de la doctrina especializada viene insitiendo en abandonar tal formalismo y proceder a distinguir entre «delitos especiales»: algunos de ellos no serían verdaderos delitos especiales, sino solo aparentemente especiales. A estos se les puede denominar «delitos de posición». Los verdaderos delitos especiales serían solo aquellos en los que el fundamento de su injusto contendría una auténtica nota «especial», una «especialidad» que los singulariza con respecto al resto de delitos. A estos delitos se les puede denominar «delitos de (infracción de un) deber». Mientras el delito de administración desleal, el alzamiento de bienes, el delito urbanístico, el delito publicitario o el delito fiscal son delitos de posición, el paradigma de delito de deber son los delitos de funcionarios públicos⁷.

⁶ Esta, precisamente, era la situación que la tesis reacia a admitir el carácter potestativo de la rebaja de pena quería evitar a toda costa.

⁷ Sobre todo ello, véase, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, pp. 240 ss.; EL MISMO, *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 129 ss.; ROBLES PLANAS/RIGGI, *El extraño artículo 65.3 del Código Penal*, *InDret*, 2/2008, pp. 1 ss. [ídem en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los «delitos especiales»*, 2014, pp. 59 ss.]; ROBLES PLANAS en SILVA SÁNCHEZ (dir./ROBLES PLANAS (coord.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, 2.^a ed., 2023, pp. 168 ss. Muy próximos,

Lo que caracteriza a los *delitos de posición* es simplemente una limitación de la relevancia típica de las contribuciones, una precisión del círculo social o de la vida en cuestión, una caracterización singular de los ataques al bien jurídico con significado penal, esto es, «la restricción legal del círculo de autores a un determinado grupo de sujetos obedece a que se entiende que éstos son los que, de entrada, se encuentran en una posición idónea para lesionar el bien jurídico, al gozar de una mayor y permanente accesibilidad a éste»⁸ pero no excluye que otros puedan acceder a tal posición. Por ello, nada se opone a admitir el castigo, incluso como autor (mediato), de sujetos en principio ajenos a tal posición. Por lo mismo, carece de sentido una atenuación de la pena para tales sujetos (sobre esto volveremos inmediatamente). En cambio, en los *delitos de deber* se trata de una estructura de injusto distinta. En ellos, lo revelante es la infracción del deber por parte de un obligado, no la organización del mundo, por lo que el *extraneus*, si lo es de verdad y por definición, no puede infringir el deber del *intraneus*, sino a lo sumo *provocar* que éste lo infrinja. Por tal motivo, no puede ser autor (mediato), pero tampoco partícipe, pues no se puede intervenir en la infracción de un deber personal, sino solo en aquello que puede ser objeto de reparto del trabajo, organizado en común o realizado en conjunto (hecho común): es imposible hacer propio lo que es exclusivamente ajeno.

Estimo que una reciente sentencia del TS ha advertido la necesidad de materializar la dogmática de los delitos especiales y hacer distinciones en la línea de lo acabado de apuntar. Me refiero a la STS 236/2023, de 30-03-2023, ponente Hernández García, cuando afirma:

«A diferencia de los delitos especiales propios en los que la limitación del círculo de los autores se funda en la idea de los deberes institucionales significati-

p. ej., SILVA SÁNCHEZ, El nuevo escenario del delito fiscal en España, 2005, pp. 65 ss.; HADWA ISSA, El sujeto activo en los delitos tributarios, y los problemas relativos a la participación criminal, Polít. Crim. n.º 3, 2007, p. 1 ss.; ARTAZA VARELA/CARNEVALI RODRÍGUEZ, Problemas de intervención delictiva y alcances de la prohibición del delito de desacato en Chile, Ius et Praxis, vol. 28, n.º 2, 2022, pp. 57 ss.; BOLEA BARDON, Quebrantamiento de condena y violencia de género: ¿absoluta irrelevancia del consentimiento de la mujer?, RECPC 25-05 (2023), pp. 9 ss. Parcialmente coincidente, PEÑARANDA RAMOS, Sobre el alcance del art. 65.3 CP, en ROBLES PLANAS (dir.), La responsabilidad en los «delitos especiales», 2014, p. 1 ss. Otra terminología en GÓMEZ MARTÍN, Los delitos especiales, 2007, p. 254, 751 ss. y *passim*, quien distingue entre delitos especiales en sentido amplio y en sentido estricto y, dentro de estos, los delitos especiales fundamentados en el incumplimiento de una función social no institucionalizada y los delitos especiales fundamentados en el incumplimiento de una función social no institucionalizada dimanante de una determinada posición social no institucional. Sobre la discusión, en especial en Derecho penal económico, imprescindible, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico, Parte General, 6.ª ed., 2022, pp. 396 ss. Muy crítico con el planteamiento aquí seguido, FEJOO SÁNCHEZ, Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial, InDret, 2/2009, pp. 22 ss.

⁸ SILVA SÁNCHEZ, El nuevo escenario del delito fiscal en España, 2005, p. 65.

vos para la protección del bien jurídico, lo que hace que solo determinados sujetos, los que pueden cumplir esos deberes, reúnan las condiciones para poder realizar conductas de lesión –vid. como ejemplo paradigmático, el delito de prevaricación judicial–, en los delitos especiales impropios las razones limitativas del círculo de sujetos activos son completamente comunicables pues no responden a exigencias especiales personales vinculadas a deberes de relevancia socio-institucional sino a elementos exclusivamente descriptivos de situaciones típicas».

Aunque aquí se sigue utilizando la terminología –en sí formal– «delito especial propio/impropio», lo cierto es que esta resolución detecta abiertamente la distinción entre delitos de posición y delitos de deber. Únicamente habría que hacer notar que ambas clasificaciones no son coincidentes, pues un delito de posición puede ser, a su vez, un delito especial propio según el criterio habitual que identifica estos últimos con aquellas figuras delictivas que no tienen un delito común correspondiente. Pero esta precisión no oscurece en modo alguno el avance que supone el párrafo transcrito de esta resolución.

IV. ¿QUÉ PAPEL DESEMPEÑA EL ARTÍCULO 65.3 CP EN LOS DELITOS DE POSICIÓN?

Peñaranda Ramos, tempranamente, advirtió el problema y no dudó en cuanto a su correcta solución: «al margen de este precepto [del art. 65.3 CP] han de quedar, por principio, todas aquellas infracciones en que la referencia a una determinada condición, cualidad o relación del autor sólo define un ámbito vital o social en el que existe la posibilidad de lesión de un determinado bien jurídico o en el que ésta se produce «típicamente». En relación con estos supuestos, en que lo cuestionable es precisamente la restricción legal de su círculo de autores, una atenuación de la pena para quien se encuentra fuera del mismo resulta ya de antemano completamente injustificada»⁹. Esta clase de delitos a los que se refiere Peñaranda son los delitos de posición¹⁰.

Así, en aquellos delitos en los que el fundamento del injusto no radica en el quebrantamiento de deberes institucionales, sino en simples restricciones de relevancia típica, no hay razón para atenuar la responsabilidad en los cooperadores necesarios o inductores, pues la culpabilidad de autor no estará funda-

⁹ PEÑARANDA RAMOS, en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad*, 2014, p. 18, con referencias a los trabajos de Jakobs y Puppe en Alemania y de Robles Planas, Choclán Montalvo y Silva Sánchez en España.

¹⁰ Lo advierte él mismo, PEÑARANDA RAMOS, en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad*, 2014, p. 18, nota 29.

mentada en su deber especial personal. Por tanto, en tales casos, el art. 65.3 CP no desempeña ningún papel relevante: simplemente recuerda que en materia de intervención en el delito es necesario adecuar la pena a cada interviniente en función de la mayor o menor importancia de su aportación, siendo únicamente dos las opciones disponibles: o la pena prevista en el tipo o la pena inferior en un grado¹¹.

V. EL ARTÍCULO 65.3 CP Y LOS DELITOS DE DEBER

Asimismo, Peñaranda reconocía la imposibilidad de castigar al *extraneus* en los auténticos delitos de deber, aunque consideró que la existencia de tales delitos era un «fenómeno sumamente raro»¹². Por ello, Peñaranda entendía a la vez que «el único campo de aplicación razonable de este artículo 65.3 CP se encuentra, por tanto, allí donde las “condiciones, cualidades o relaciones personales de autor” tienen el carácter de circunstancias mixtas de la fundamentación de la responsabilidad criminal, esto es, allí donde tienen, por expresarlo de forma un tanto paradójica, un carácter solo “limitadamente personal”¹³. Entendía este autor, en línea de la propuesta encabezada en la doctrina alemana por Puppe, que el prototipo de estos delitos lo constituyen los delitos contra la Administración pública y otros delitos de funcionarios. Simplificando mucho, en esencia su propuesta consistía en convertir a todos los delitos especiales propios en impropios, asumiendo que el artículo 65.3 CP viene «a crear por debajo de los delitos especiales propios *una especie de tipos básicos* a los que se puede referir plenamente la participación de terceros»¹⁴.

Mi propio planteamiento sigue apartado de este punto de vista. Por un lado, no me parece en modo alguno «rara» la existencia de delitos en los que no puede comunicarse en absoluto el elemento personal que fundamenta la responsabilidad por tener ese elemento un sentido *exclusivamente* personal. Eso es precisamente lo que sucede en los delitos de funcionarios¹⁵. Por el otro, no estimo plausible afirmar que el artículo 65.3 CP esté creando «una especie de tipos “básicos”»; esa función le corresponde al legislador cuando introduce tipos delictivos en la Parte Especial. Solo allí se contienen los «tipos básicos».

¹¹ Así, ROBLES PLANAS/RIGGI, en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad*, 2014, pp. 87-90.

¹² PEÑARANDA RAMOS, en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad*, 2014, p. 18, n. 30.

¹³ PEÑARANDA RAMOS, en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad*, 2014, p. 19.

¹⁴ PEÑARANDA RAMOS, en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad*, 2014, p. 50 (con cursivas en el original).

¹⁵ En ellos los elementos personales *fundamentan* (y no solo agravan) la punibilidad.

Sí, en cambio, creo que lo decisivo es averiguar el sentido de los tipos de la Parte Especial¹⁶ y si se llega a la conclusión que en ellos el injusto del hecho se fundamenta en la infracción de especiales deberes (de lealtad o disciplinarios, como es el caso de muchos delitos de funcionarios y, probablemente, del delito de quebrantamiento de condena), entonces no cabe entender tales tipos ni tan siquiera como limitadamente accesorios, esto es, no cabe entender que un sujeto no alcanzado por tales deberes pueda responder, ni siquiera como partícipe, por tales delitos. El artículo 65.3 CP no podría suplir una decisión político-criminal que el legislador debe tomar expresamente, castigando la intervención de particulares en delitos contra la Administración pública o de justicia «desde fuera». Expresado de otra manera: cuando las cualidades o relaciones personales *fundamentan* la punibilidad del hecho, aquel interviniente que no las posee debe quedar al margen.

Un camino opuesto al emprendido por Peñaranda fue el de Sánchez-Vera con su construcción sobre los delitos de infracción de un deber. También simplificando en exceso, en esencia, aquí se trata de convertir a todos los delitos especiales impropios en delitos especiales propios y, a la vez, entender que nada obsta para castigar en ellos la intervención del *extraneus* atenuadamente. Lo primero implica prescindir de las valoraciones del legislador, en la medida en que el *extraneus* siempre habrá de ser castigado conforme al tipo especial propio, lo que en muchos casos resulta disfuncional¹⁷. Lo segundo nos sitúa de nuevo en una situación doblemente problemática: por un lado, hay delitos (los delitos de posición) en los que la atenuación de pena al *extraneus* es improcedente, pues participa plenamente del injusto del hecho; por el otro, en aquellos delitos (los delitos de deber) en los que el injusto del hecho reside precisamente en la infracción de un deber sigue sin haber razones convincentes para castigar (incluso atenuadamente) al interviniente sobre el que no recae.

Resulta comprensible el estupor que esta última conclusión puede causar, puesto que en muchos casos el merecimiento de pena de la actuación de un no funcionario resulta evidente. Sin embargo, lo cierto es que los casos más relevantes de intervención de un particular en delitos de funcionarios han sido específicamente previstos por el legislador: el cohecho y el tráfico de influen-

¹⁶ Este proceder fue reclamado por primera vez por NAGLER, Die Teilnahme am Sonderverbrechen. Ein Beitrag zur Lehre von der Teilnahme, 1903, pp. 110 ss.

¹⁷ Sobre esta y otras críticas, RIGGI, El nuevo artículo 65.3 del Código Penal: entre el debate dogmático y las consecuencias político-criminales, Revista de Derecho Penal, 15, 2005, pp. 11 ss.; EL MISMO, en ROBLES PLANAS (dir.), La responsabilidad, 2014, pp. 359 ss. En la STS 641/2012, de 17-7-2012, ponente Granados Pérez, se acabó condenando al cooperador necesario *extraneus* en un delito de detenciones ilegales del art. 167 CP con la rebaja de pena del art. 65.3 CP por ser esto más beneficioso (!) que la aplicación del tipo común del art. 163 CP.

cias. La cuestión de la intervención de *extraneus* en un delito de prevaricación merece una –necesariamente breve– mención aparte.

Según la doctrina tradicional no hay obstáculo alguno para castigar al *extraneus* que participa en un delito de prevaricación llevado a cabo por un autor *intraneus* (resultándole aplicable la atenuación del artículo 65.3 CP). La estructura dogmática subyacente *tradicional* lo permitiría. Sin embargo, los problemas comienzan cuando *esa misma estructura* dogmática ya no permite el castigo: allí donde un *extraneus* instrumentaliza a un *intraneus* generándole un error que le lleva a dictar una resolución injusta. Lo coherente sería negar el castigo del primero dada su condición de *extraneus* y, por tanto, pese a la manipulación sobre el *intraneus*, dada su inidoneidad para ser autor mediato o incluso partícipe de la prevaricación (pues el autor habría obrado en todo caso de forma subjetivamente atípica). Sabido es también que esta solución no ha satisfecho a la jurisprudencia y por ello ha desarrollado estrategias para evitarla: afirmar el dolo típico del *intraneus* que desconoce el carácter injusto de la resolución (excluyendo únicamente el conocimiento de la antijuridicidad en la culpabilidad); contentarse con la accesoriedad puramente objetiva; o afirmar el carácter de resolución de los informes técnicos manipulados por los *extranei*¹⁸. Algunas voces en la doctrina se rebelan contra estas soluciones *ad hoc* y prefieren afirmar la impunidad respetando las estructuras dogmáticas clásicas a la espera de un pronunciamiento expreso del legislador para poder castigar¹⁹.

Aquí las cosas se ven de otro modo. Si el *extraneus* es realmente un *extraneus*, entonces no cabe su castigo como interviniente en el delito especial de deber. El injusto de la prevaricación alcanza solo a sujetos *intranei* porque solo sobre ellos recae la obligación de producir resoluciones justas, esto es, motivadas por el Derecho. Una resolución injusta no puede serle imputada a quien no tiene obligación alguna de generarla. Si ello está claro para negar la responsabilidad a título de autor del *extraneus* ¿por qué no lo habría de estar para negarla a título de partícipe? Porque la participación se sigue entendiendo de un modo causal-psicologicista como responsabilidad por el hecho de otro, esto es, como llevar a cabo cualquier conducta que favorezca conscientemente cualquier delito ajeno. De este modo, se pierde la conexión entre partícipe e injusto del hecho *específico*. Al partícipe se le tiene que poder imputar también el delito en el que interviene. Y en los delitos de deber esa imputación pasa por el ojo de la aguja del deber: en este caso, de producir resoluciones justas.

¹⁸ Sobre todo ello, ALCÁCER GUIRAO, El *extraneus* que sabía demasiado. Anomalías jurisprudenciales en la prevaricación, en AA. VV, Una perspectiva global del Derecho penal. Libro homenaje al Prof. Dr. Joan Queralt, 2021, pp. 107 ss.

¹⁹ Esta es la propuesta de ALCÁCER GUIRAO, en AA. VV, Una perspectiva global, 2021, pp. 107 ss.

Tres precisiones son relevantes en este contexto. En primer lugar, no cabe duda de que hay determinadas conductas consistentes en tentar a funcionarios públicos para que dicten resoluciones injustas (o realicen cualquier otro acto) que presentan merecimiento de pena. Su castigo es perfectamente posible en el Derecho positivo español mediante el tipo de tráfico de influencias²⁰. Este delito, cuyo paralelismo con la inducción a la prevaricación es notable²¹, agota prácticamente todos los supuestos de merecimiento de pena de presiones a funcionarios ejercidas desde «fuera». En segundo lugar, muchos supuestos de los que precupan a doctrina y jurisprudencia son, en realidad, conductas realizadas por *intranei*. Aunque no sean competentes para dictar una resolución, el Secretario General de un Departamento, Consejería o Ministerio, el Secretario de un Ayuntamiento, el Arquitecto municipal o el Jefe de la Sección de Multas²², no son ajenos al deber de rectitud que en una Administración mínimamente compleja no incumbe solo al funcionario que firma el documento decisivo, sino a todos los que –por delegación– intervienen en el procedimiento en cuestión, por ejemplo, preparando la documentación relevante. Se trata entonces de *intranei* desde el punto de vista material o funcional. Ello, a mi juicio, permitiría incluso castigarles como autores (mediatos) de una prevaricación. Finalmente, restarían aquellos casos en los que el tercero, auténtico *extraneus* y sin influir en el funcionario, provoca en este un error o coopera con él de algún otro modo en una prevaricación. En el primer caso, no es posible afirmar la existencia de la infracción de un deber inherente a la función pública, por lo que el injusto del hecho del delito de prevaricación no se habrá realizado. En el segundo sí se habrá realizado, pero el *extraneus* estaría infringiendo un deber distinto del que pesa sobre el funcionario que dicta la resolución, a saber, el deber general de no perturbar la Administración pública. En ambos casos –ahora sí– sería necesario un pronunciamiento explícito del legislador para poder sancionar al *extraneus*²³.

²⁰ Por este motivo reina en mi bastante tranquilidad político-criminal (respondo así a ALCÁ CER GUIRAO, en AA. VV, Una perspectiva global, 2021, p. 116 nota 5).

²¹ Al respecto, CUGAT MAURI, El tráfico de influencias: un tipo prescindible, RECPC 16-07, 2014, pp. 1 ss.

²² Por abordar los supuestos a los que se refiere ALCÁ CER GUIRAO, en AA. VV, Una perspectiva global, LH-Queralt, 2021, p. 109-110.

²³ De este modo, coincido –con las salvedades efectuadas antes sobre las situaciones en las que sí es posible que el sujeto responda– con ALCÁ CER GUIRAO (en AA. VV, Una perspectiva global, 2021, p. 118), cuando para el primer caso (*extraneus* que manipula a quien dicta una resolución) requiere un pronunciamiento legislativo. También lo requiere en los casos en los que no es posible castigar al partícipe *extraneus* por «culpa» de las exigencias del principio de accesoria limitada (esto es, cuando el autor obra de modo –subjetivamente– atípico). En cambio, no parece que vea obstáculo cuando este principio sí permite castigar al *extraneus*.

VI. CONCLUSIONES

Una parte de la discusión se centra en la existencia y alcance de los *delitos de deber*, en los que, según se entiende aquí, la infracción del deber fundamenta ya la punibilidad del *hecho*. La doctrina tradicional, en cambio, sigue creyendo que el deber solo condiciona la «*autoría*», no la «participación» (en el sentido del concepto restrictivo de autor). Probablemente detrás de esta discrepancia late una diferente visión del fenómeno global de la intervención en el delito²⁴. Mientras aquí se concibe toda intervención (incluyendo la «participación») como responsabilidad por un hecho común (propio también entonces del «partícipe»), la doctrina tradicional lo entiende como responsabilidad por un hecho ajeno (del «autor», en el sentido del concepto restrictivo de autor). De ahí que para el primer punto de vista, si el *hecho* se caracteriza por la infracción de deberes personales, entonces no sea posible intervenir sin deber. En cambio, sí lo es si el fundamento del castigo del «partícipe» es que «un *autor* ha infringido su deber», pues también el *extraneus* habrá contribuido a ello. La pregunta revelante es pues: ¿qué es *intervenir* en un delito? ¿hacerlo propio o contribuir a que otro lo haga suyo?

La otra parte de la discusión, la referida a los *delitos de posición*, se va decantando. Si es posible que en un supuesto «delito especial» *intraneus* y *extraneus* respondan de la misma manera (con idéntica pena), y ello es precisamente lo que permite el artículo 65.3 CP y su ya consolidada interpretación por parte del Tribunal Supremo, entonces es que el delito ya no es «tan especial» (mejor dicho: no tiene «nada de especial»), por cuanto la cualidad de *intraneus* no llevaría aparejado un mayor desvalor (y su ausencia tampoco un menor desvalor) de la conducta. De este modo, la característica de ser *intraneus* no desempeña un papel decisivo a la hora de calificar la aportación con la pena prevista en el tipo de la Parte Especial o con la pena inferior en grado, que son las dos decisiones penológicas relevantes a la hora de decidir la responsabilidad de un interviniente en el hecho. Si, como sucede ya en la jurisprudencia española, un «partícipe» «*extraneus*» es castigado exactamente con la misma pena que un «autor» «*intraneus*», entonces las categorías esenciales de la teoría de la intervención en delito no son las de «autor» e «*intraneus*» por contraposición a las de «partícipe» y «*extraneus*», sino obviamente otras²⁵. Ello

²⁴ Obviamente, también late una diferente comprensión de los delitos de funcionarios como delitos de deber y, más en general, sobre si el contenido de injusto de tales delitos reside, precisamente, en la infracción de especiales deberes de fidelidad, integridad, cumplimiento, etc.

²⁵ Adicionalmente véase, ROBLES PLANAS, La estructura de la intervención en el delito, Polít. Crim., Vol. 15, n.º 30 (2020), pp. 993 ss.

tiene una explicación sencilla, por mucho que sea difícil asumirla desde una inveterada tradición instalada en este ámbito de la dogmática penal: la de operar con categorías eminentemente formales. Desde un punto de vista material, lo relevante pasa a primer plano y puede ser abiertamente discutido: quién interviene y cuánto debe responder. A esto da respuesta la lógica de los delitos de posición: pueden intervenir todos y el *quantum* de pena depende de la intensidad de la intervención. ¿No es esto lo que viene afirmando el Tribunal Supremo?

Confío en que las consideraciones precedentes sean del agrado del Prof. Javier de Vicente, a quien van afectuosamente dedicadas con motivo de la jubilación de tan entrañable colega, sin duda, ejemplo de dedicación a la universidad para generaciones futuras.

CAPÍTULO XXXIV

LO OBJETIVO Y LO SUBJETIVO EN LA EXCLUSIÓN DE LO ILÍCITO: LAS DIFICULTADES DE LAS TESIS TRADICIONALES Y LAS RESPUESTAS QUE (TODAVÍA) DEBEN DAR

MAXIMILIANO RUSCONI

Catedrático de Derecho penal.

Universidad de Buenos Aires (Argentina). Dr. h. c.

I. EL HOMENAJE

El Prof. de Vicente Remesal en forma individual y toda la escuela del Prof. Diego-Manuel Luzón Peña de manera grupal son una referencia ineludible a la hora de proponer a nuestras comunidades nuevas miradas, serias, comprometidas y racionales sobre la ciencia jurídica penal.

En este caso, una colaboración desde América Latina, debe agradecer a esta escuela, al homenajeado, a sus condiscípulos y a su maestro español, el haber generado puentes interculturales para mejorar nuestra percepción de los problemas y sus soluciones.

II. EL PROBLEMA DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA JUSTIFICACIÓN

Hace casi treinta años me he referido a muchos problemas que se observan en la opinión dominante que afirma que las causas de justificación requie-

ren, como condición *sine qua non* de su completa operatividad permisiva, un tipo subjetivo¹.

Desde ese momento, en general, ambas dimensiones (mi creencia y la de las opiniones dominantes), se han consolidado en los diferentes divulgadores. Sin embargo, me temo que la derrota electoral de mis planteos críticos es evidente. Y ello más allá del modo de cómo se evalúe el peso de las consecuencias².

Queda el consuelo que en la ciencia normalmente no se define la corrección de las ideas electoralmente, sino que, en todo caso, está instalado como un pensamiento saludable que los argumentos deben ser sostenibles por sus propias armas.

Aquí pretendo analizar la conclusión mayoritaria que exige un tipo subjetivo³ de las causas de justificación⁴. Este análisis se justifica teniendo en cuenta que un repaso de las consecuencias externas e internas de esa postura tan divulgada, a mi juicio, dejará la impresión de hay ciertas contradicciones sistemáticas y algunas soluciones difícilmente sostenibles.

Como es evidente, no podré ocuparme de todas las falencias y debilidades de la teoría dominante⁵.

¹ Véase la tesis dominante, por todos, en BACIGALUPO, E., Derecho Penal. Parte General, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 371. Mis críticas en extenso véase en RUSCONI, M., Derecho Penal. Parte General. 3da edición, Buenos Aires, 2016, p. 376 ss. También en RUSCONI, M., El funcionamiento de las causas de justificación: sobre lo objetivo y lo subjetivo de las normas permisivas, Ad Hoc, Buenos Aires, 2008, p. 38 ss.

² Diethart ZIELINSKI ha relativizado ya hace varios años la trascendencia del tema por ausencia de decisiones judiciales. En ZIELINSKI, Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito, trad. de SANCINETTI, Hammurabi, Buenos Aires, 1990, p. 306.

Sin embargo, no sería la primera vez que una discusión académica es recibida, luego de cierto tiempo, por la jurisprudencia y comienza a desplegar efectos visibles en casos reales.

³ Véase en general sobre el problema global de la imputación en base a datos subjetivos (o, en verdad, en base a la ausencia de estos), CANCIO MELIÁ, Manuel, ¿Crisis del lado subjetivo del hecho?, en Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 57 ss. Sobre el problema global, ver también, MIR PUIG, S., Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto, ADPCP, Madrid, 1988, p. 661.

⁴ Véase en BACIGALUPO, E., Derecho Penal, p. 371. TRAPERO BARREALES, Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal, Comares, Granada, 2000, p. 29; KÖHLER, M., Strafrecht, Allgemeiner Teil, Springer, Berlín, 1997, p. 321 ss. Ver también SANZ MORÁN, Á., Elementos subjetivos de justificación, Bosch, Barcelona, 1993, p. 3. Ver, en esta línea, OTTO, Harro, Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Auflage, De Gruyter, Berlín, 2004, p. 143. JESCHECK, Tratado de Derecho Penal. Parte General, trad. Miguel OLMEDO CARDENETE, Comares, Granada, 2002, p. 353. KÖHLER, M., Strafrecht. Allgemeiner Teil, p. 321. Con interesantes diferencias, véase en LUZÓN PEÑA, D., Causas de atipicidad y causas de justificación, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 38.

⁵ La tesis que exige un tipo subjetivo como condición del funcionamiento de los permisos justificantes no se lleva bien con el principio de proporcionalidad, con la idea esencial de *cogitationis poenam nemo patitur*, no puede explicar la razón por la cual eximente de menor prestigio social y jurídico (excusas absolutorias y condiciones de la punitibilidad) son esencialmente objetivas y no requieren de la representación del autor, etc. Sin embargo, estos caminos no pueden ser analizados aquí.

III. EL FUNCIONAMIENTO DE LAS NORMAS COMO BASE DEL SISTEMA DEL HECHO PUNIBLE

Como sabemos, normalmente, la ciencia penal ha partido de una visión del ordenamiento jurídico como un conglomerado compuesto, por lo menos, de dos tipos de normas.

La norma de permiso refleja, claramente, una contradicción⁶ con el enunciado de la norma imperativa⁷:

La norma imperativa afirma: *siempre debes hacer «X» o nunca debes hacer «Y»*.

La norma de permiso afirma, por el contrario: *si «H» puedes no hacer «X» o si «M» puedes hacer «Y»*.

De modo explícito, desde los aportes del finalismo como modelo conceptual y de modo no tan explícito, posiblemente mucho antes, la ciencia del derecho penal ha coincidido en un extremo que, como he afirmado al comienzo, será analizado aquí: para que la norma permisiva despliegue sus efectos eximentes, la consecuencia de anular o contradecir la antinormatividad ya verificada en el nivel previo de la tipicidad, no alcanza con que se encuentren presentes en el caso de los presupuestos objetivos de la causa de justificación que se trate (legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber, etc.), sino que el sujeto activo que pretende beneficiarse de ese efecto eximente ha tenido que conocer que estaban presentes los extremos objetivos del permiso y, además, ha debido actuar con voluntad de guiarse por el permiso, motivado por la esencia político-criminal misma de la eximente.

Para demostrar que esta exigencia genera más problemas que soluciones solo me detendré en algunos (no todos, sino unos pocos) de los argumentos que desarrollé en una investigación de más largo alcance.

⁶ Una visión del problema de la justificación y la relación entre la norma primaria (imperativa) y norma secundaria (permisiva), desde el derecho penal angloamericano, pero con una muy buena información de la perspectiva europeo-continental, puede encontrarse en FLETCHER, G., *RETHINKING CRIMINAL LAW*, Oxford University Press, Oxford, 1978, p. 491. Sin embargo, se insiste en una visión no contradictoria, sino complementaria del juego propio de estos dos tipos de normas: «The question of wrongdoing is resolved under the set of primary legal norms, prohibiting or requiring particular acts, as supplemented by norms of justification» (El resaltado me pertenece).

⁷ Contradicción que no ha sido fácil de superar para los teóricos de todas las épocas y que ha prohibido el debate entre la teoría de los elementos negativos del tipo. En relación con ello véase KAUFMANN, A., *Teoría de las Normas*, trad. de Bacigalupo y Garzón Valdés, ed. Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 322 ss.

Un ejemplo de esta difícil asimilación puede verse en el intento de construir la categoría de un tipo conglobado en ZAFFARONI. Véase en ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, p. 483. Véase mi crítica a esa solución en RUSCONI, M., *Los límites del tipo penal*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992. También en RUSCONI, M., *Imputación, Tipo y Tipicidad Conglobante*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.

Sin embargo, antes de pasar al análisis de los problemas de las tesis dominantes, hay que ser justos. Las conclusiones de sus representantes no han encontrado el mejor de los escenarios, dado que aquí se trata de eventuales conflictos valorativos que el legislador anticipa y pretende resolver orientando el comportamiento hacia la salida preferible de ese mismo conflicto⁸: una decisión mucho más difícil que aquella que el legislador toma al momento de elegir intervenir en un espacio de libertad individual.

Asimismo, las normas de justificación se establecen a través de una verificación transversal de todo el ordenamiento jurídico; por ello, el listado de las causas de justificación responde a matrices legislativas distintas y que se remite a configuraciones de técnica legislativa divergentes, según la cual, no ayuda.

Ha habido además cierta una devaluación jerárquica como normas autónomas que se han prodigado a las eximentes desde ciertos sectores de la teoría general del derecho –teoría monista de los imperativos–. Cierta desprestigio que, incluso, se ha manifestado en la diferente atención que han merecido los juristas dogmáticos, por ejemplo, de los procesos de subsunción de la fundamentación del injusto y aquellos propios de la misma exclusión del ilícito. Según Welzel: «Quien actúa de manera adecuada al tipo, actúa, en principio, antijurídicamente»⁹. Del hecho que, para la antijuricidad solo quede una comprobación negativa, no puede inferirse el valor de indicio¹⁰, que ayuda a la debilidad que describimos y genera, adicionalmente, otros problemas incluso de impacto constitucional –*in dubio pro reo*–¹¹.

A todo ello, se suma la falta de recolección y estudio detallado de los permisos o causas de justificación extra-penales, que provienen de otros sectores del ordenamiento jurídico y algunas tendencias científicas realmente sorprendentes; como por ejemplo aquella que no advierte la clara contradicción que implica la instalación de pautas hermenéuticas que fulminen la posibilidad de una interpretación amplia o extensiva del imperativo subyacente al tipo de la tipicidad –*lex stricta*– y la aceptación contemporánea –expresa o tácita– de la imposibilidad de interpretación amplia de las normas permisivas: ¿no se define el principio de legalidad también en el respeto esencial al alcance nor-

⁸ Ver, NAUCKE, W., Derecho penal. Una introducción, trad. de Brond, ed. Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 286.

⁹ WELZEL, HANS, Derecho Penal. Parte General, trad. de Fontán Balestra, Buenos Aires, Depalma, 1956, p. 86.

¹⁰ Véase en el mismo sentido, y de modo muy expresivo, BINDER, Alberto, Introducción al Derecho Penal, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004.

¹¹ No es posible descartar que esta concepción haya facilitado cierta violación al *favor rei*.

mativo del permiso? ¹². Parecería que se cree que no, y ello ha implicado que se pierda de vista que imperativo y permiso tienen idénticas posibilidades de influir en la definición de los espacios de libertad individual ¹³.

IV. LOS PROBLEMAS DE LA TESIS DOMINANTE. ARGUMENTOS ADICIONALES A FAVOR DE LA TESIS OBJETIVISTA ¹⁴.

1. La teoría de la imputación objetiva como un punto de partida político-criminal.

Si fuera cierto (que no lo es del modo como se presenta el argumento) que el juicio de exclusión del injusto debe estar influido por aquello que se excluye ¹⁵, entonces, no sería irracional que se tome en cuenta la evolución que ha experimentado el juicio de imputación objetiva a nivel de la tipicidad. Desde ese ángulo, se verifica que en el desarrollo de la imputación objetiva y en la construcción de la mayoría de sus principios se coloca como condición de la imputación el hecho de que el sujeto activo haya producido cierto empeoramiento de las condiciones de riesgo y de la intangibilidad de los bienes. En más de una ocasión, incluso frente a situaciones de incumplimiento de deberes o de despreocupación frente al entorno de riesgo, el sujeto no responde frente a situaciones que no han salido, a la larga y bien mirado todo el entorno, anti-

¹² Para ello ha ayudado, aunque de forma inconsciente, el subrayar la relación entre tipicidad y *nullum crimen*, con el riesgo que la relación con la garantía se desdibuje en otras categorías. ROXIN, C., Política criminal y sistema del derecho penal, trad. Muñoz Conde, 2.ª Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2002, p. 60.

¹³ Advirtiendo correctamente el alcance del principio de legalidad frente a la totalidad de los presupuestos de la pena, ver BACIGALUPO, E., Tipo y Error, en Estudios de derecho penal y política criminal, Editor Cárdenas, México, 1989, p. 109.

¹⁴ No puedo ocuparme en detalle de los aportes «objetivistas» de NINO, C., Los límites de la responsabilidad penal, Astrea, Buenos Aires, 1980, pp. 484 ss.; ZAFFARONI, E. R/ALAGIA, A./SLOKAR, A., Derecho Penal. Parte General, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 576; Juan C., La justificación penal, fundamento, naturaleza y fuentes, Edersa, Madrid, 1982, p. 107; RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, Derecho penal español, Parte General, 18.ª Edición, Madrid, 1995, p. 504; RIVACOBIA-RIVACOBIA, Manuel, Código Penal, Parte General, p.1; BAIGÚN-ZAFFARONI, comentario al artículo 34, inc. 4.º, t. 1, Hammurabi, Buenos Aires, 1997.

¹⁵ Este es el argumento denominado «de la simetría»: el tipo objetivo de la causa de justificación anularía al tipo objetivo de la tipicidad (valor-desvalor de resultado) y el tipo subjetivo de la justificación anularía al tipo subjetivo de la tipicidad (valor- desvalor de acción). Ver, por ejemplo, STRATENWERTH, G., Derecho Penal. Parte General, t.1, trad. Cancio Meliá y Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 263. Ello no es evidente. ¡La presencia del tipo subjetivo de la justificante no solo no anula al dolo, sino que lo confirma! Por otro lado, el dolo de la tipicidad implica también el reaseguro de que el curso lesivo es dirigido hacia el lugar delimitado por el legislador como económicamente preferible (pensar en el estado de necesidad). El dolo del tipo, en términos de solucionar favorablemente el dilema del legislador, es una buena noticia.

económicas. Esta base de racionalidad se reconoce en el mismo instituto del riesgo permitido, o en la idea de comportamiento alternativo conforme a derecho, o en el juicio propio del ámbito de protección de la norma.

La teoría de la imputación objetiva ha significado un desprendimiento de la ciega consideración del contexto de ventaja-desventaja en el sistema de administración de los bienes, no tiene sentido que luego de esta evolución, la norma permisiva se desprenda de este tipo de análisis propio de la fundamentación del ilícito. Si, por ejemplo, la disminución del nivel del riesgo latente forma parte de aquellos principios que sirven para la directa exclusión de la fundamentación del ilícito, no tiene sentido que esa misma situación no tenga relevancia autónoma para la exclusión del ilícito en el nivel posterior.

2. **¿Las normas permisivas tienen la misma tendencia comunicativa que las normas imperativas? ¿Quién es el destinatario de los permisos?**

Un punto de partida sin duda relevante para analizar las posibilidades y la legitimidad dogmática del tipo subjetivo de las causas de justificación, consistiría en verificar si las normas imperativas (cuya imputación subjetiva hoy nadie cuestiona) y las normas de permiso responden a la misma matriz comunicativa; o, más claro, si esta vinculación subjetiva de las normas imperativas originada en el objetivo motivacional que poseen se presenta del mismo modo en las normas que solo tienen por función en el sistema del hecho punible excluir la antijuricidad.

Ello supone que las normas permisivas están allí para establecer cierta comunicación entre el agente y el sistema normativo. El planteo de la opinión dominante implica que las causas de justificación tienen la misma tendencia comunicativa que las normas imperativas. Pero, justamente, ello debe ser discutido.

Malamud Goti¹⁶ y también Gardner¹⁷ a quien aquel sigue en ese desarrollo, se han inclinado a opinar por algo que debe ser discutido: que las normas *-LATO SENSU-* de justificación dependen en el reconocimiento de su operatividad de cierta deliberación entre las razones guía y las razones protegidas que se debe provocar en el agente. Ello supone que las normas permisivas están allí para establecer cierta comunicación entre el agente y el sistema normativo,

¹⁶ MALAMUD GOTI, J., ¿Pueden las razones razonablemente justificar lo que hacemos?, en Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Prof. Julio B. J. Maier, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 887 ss.

¹⁷ Véase en GARDNER, J., Ofensas y Defensas, trad. Manrique y Peralta, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 113 ss.

implica que las causas de justificación tienen la misma tendencia comunicativa, aparentemente, no podemos negar, que sí tienen las normas imperativas. Pero, justamente, ello debe ser discutido.

Más claro: solo tiene sentido exigir un tipo subjetivo de la justificación si se cree, con buenas razones para ello, que las normas permisivas se encuentran destinadas a motivar al sujeto activo hacia la consagración del estado de cosas que el legislador pretende configurar.

Más allá de la perspectiva que ofrezca la teoría de las normas que abracemos, o, incluso, si no abrazamos ninguna, es claro que las normas imperativas, aquellas que definen un determinado deber de actuar u omitir, cumplen una función que consiste en posibilitar que el sujeto activo se motive en el enunciado esencial. En verdad esta dinámica comunicacional se debe verificar tanto en el sistema de imputación de la teoría del delito como en el sistema de enjuiciamiento de la teoría del proceso (relación de la cual se han obtenido menos consecuencias de las esperables). En el primer caso, ello es una derivación del principio constitucional de culpabilidad, y, en el segundo, es consecuencia de la vigencia del principio constitucional de defensa en juicio.

Las normas imperativas plantean de modo inigualable una pretensión dirigida a interactuar con la eventual decisión del autor de realizar la conducta allí descripta, y, de ese modo, infringir el mandato.

Como hemos dicho, la idea de que las normas imperativas funcionan como normas de determinación, y, por ello, deben ser conocidas para fundar o guiar el proceso de motivación, viene indicada y asegurada por la vigencia del principio constitucional de culpabilidad. Es decir, para que alguien sea culpable, debe haber tenido conciencia potencial de la antijuricidad. Un extremo que también integra la alforja de la opinión dominante.

La norma imperativa requiere para la configuración del ilícito culpable cierta comunicación con el sujeto activo: el principio de culpabilidad se encarga de definir el reproche cuando el sujeto, a pesar de estar en contacto comunicativo con la norma que define el deber, a pesar de haberse transformado en un receptor adecuado e inteligente del mandato, pudiendo, entonces, cumplirlo, lo infringe, lo incumple.

Ahora bien, en contra de ello, no es de ningún modo evidente que las normas de permiso, estén configuradas de modo que deban establecer la mencionada comunicación con el sujeto activo.

Pareciera que el legislador, a la hora de regular las causas de justificación ha valorado un determinado conflicto, y, en el marco de ese conflicto, ha determinado la opción preferible en general, sin que en este proceso se deba manifestar la influencia de la comunicación con el autor.

La norma permisiva no está allí para motivar al sujeto, ni para lograr los comportamientos determinados luego de dicha motivación.

El permiso refleja una ecuación de máxima racionalidad en el marco de la cual el legislador expresa la opción preferible, preferencia que no depende del conocimiento del autor, y, claro, mucho menos de su voluntad.

Incluso es posible que se trate de normas que no se encuentran estructuradas sobre la base del destinatario individual –el autor–, sino sobre la base de destinatario institucional –el juez o intérprete– (frente al cual el enunciado recobra toda su fuerza argumental).

El legislador manifiesta su ecuación al intérprete y ese mensaje no se debilitaría ni se interrumpiría, por el desconocimiento del autor del hecho. Por ejemplo, la evitación del mal mayor, aun a costa del mal menor, sigue siendo compatible con la ecuación de preferencia legislativa, aun si esa fórmula presente en el caso de costo-beneficio es desconocida por el agente.

Es decir, parece debatible que, si fuera posible adelantar ese escenario de evaluación, el legislador prefiera que el sujeto no ejecute la realización de un mal menor que evitaría un mal mayor, cuando se sepa que el sujeto en ningún caso tendrá conocimiento del dilema. Para ese conflicto que el legislador plantea, qué es lo que en verdad ha guiado al agente, qué razón lo ha inspirado, parece no importar mucho.

Ello es bien distinto en cuanto a la tendencia comunicativa de las normas imperativas: esta tendencia es muy fuerte en las normas que imponen deberes debido a que el mejor escenario es la evitación directa de la infracción. Conclusión que no se podría extraer de los casos de justificación meramente objetiva. La exigencia de una dimensión (doble) subjetiva para el reconocimiento de los hechos y de la valoración estatal del hecho, es parte esencial de las posibilidades que el agente tenga de elegir otro camino, y, también es, por ello, una exigencia del principio de culpabilidad y con ello del derecho penal del Estado de derecho.

Ello brindaría un argumento adicional para sostener que, en el ámbito de las causas de justificación, la esencia y la estructura de la norma que brinda el permiso por lo menos no exigiría el conocimiento del autor y, mucho menos, una determinada voluntad o intención.

Si pensáramos –creemos que erróneamente– que la norma permisiva se dirige al agente o sujeto activo del hecho, el mensaje sería uno muy exótico en el sistema normativo estatal: *TÚ PUEDES*. Si el Estado ocupara los lugares comunicativos para motivar a los ciudadanos con recordatorios de facultades, permisos, poderes, etc., tendríamos, por ejemplo, las rutas inundadas de mensajes incomprensibles (*«usted puede circular a 58 km/h»*, *«también puede ha-*

cerlo a 43 km/h», «recuerde que usted puede detener su vehículo e ingerir un sabroso sandwich», o «usted puede orar en todo momento», o, «nunca olvide que puede demostrar afecto al acompañante», etc.). El Estado se convertiría en un intenso programa de autoayuda.

La cuestión cambia radicalmente cuando comprendemos que las normas permisivas se dirigen al destinatario institucional (el juez o el fiscal): allí el mensaje es nuevamente prescriptivo, no se trata de una facultad, sino de un deber: «usted, señor juez, no debe sancionar a nadie que se encuentre en estado de necesidad o legítima defensa»¹⁸.

Pareciera que se trata de normas que reflejan ecuaciones de máxima racionalidad y que, por ello, es posible que se traten de autolimitaciones del *ius puniendi* en casos en los cuales la pena pierde todo sentido, porque, justamente, en el marco de esa ecuación de racionalidad indiscutible, ¡el sujeto ha realizado el comportamiento objetivamente preferible!

3. El problema desde la teoría de la accesoriadad interna de la participación.

Aparentemente, la solución conlleva para los casos de justificación solo objetiva, de la tentativa y del delito consumado —es decir, cualquier solución que no sea la impunidad— a respuestas muy discutibles en el ámbito de la teoría de la participación.

Si un vecino observa la acción que va a realizar el gamberro del caso antes mencionado, pero conociendo lo que él no sabe, es decir, que el niño a punto de morir asfixiado salvará su vida si el sujeto rompe la ventana, y en conocimiento de la totalidad de la situación le facilita la piedra que será usada, su participación será punible. Para la tesis mayoritaria, la imposibilidad de considerar la justificación que se presenta solo en su faz objetiva para el autor principal implica la antijuricidad del partícipe en un sistema de accesoriadad interna limitada.

En el mismo sentido, se han expresado Zaffaroni/Alagia/Slokar, quienes afirman que de sostenerse la exigencia de elementos subjetivos en las causas de justificación: «Sería necesario renunciar a la accesoriadad de la participación, porque de lo contrario se presentarían casos de solución absolutamente

¹⁸ Véase en NAUCKE, W., Derecho penal, p. 286.

aberrantes: actuaría antijurídicamente el partícipe que conoce la situación desconocida por el autor»¹⁹.

Por otro lado, como los mismos autores mencionados lo recuerdan, «dado que el agente que desconoce la situación actuaría antijurídicamente, sería posible actuar justificadamente a su respecto: el que impide que otro dispare a través de una ventana sobre una persona inclinada, ignorando que ésta está estrangulando a un tercero, podría ser muerto por quien quiere la muerte de la víctima de estrangulamiento, en defensa legítima del estrangulador»²⁰.

La solución absurda es una conclusión mecánica de los problemas de la justificación que exige un tipo subjetivo. Ello es tan claro que, por ejemplo, Gil y Gil se ha visto en la necesidad de acudir aquí a la (muy minoritaria) teoría de la accesoriedad interna mínima. Observemos acerca de ello.

Gil y Gil afirma que: «Debemos partir aquí de la teoría de la accesoriedad mínima, que personalmente encuentro más correcta por ser la más acorde con una concepción personal del injusto. [...] El sujeto que participa con dolo de justificación en la acción de un sujeto sin dolo de justificación tendría respecto de la acción justificante el dominio del hecho y sería por lo tanto «autor mediato» de la acción justificante, quedando su conducta plenamente justificada, pues en ella sí que concurre un valor de acción»²¹.

Sucede que es bien difícil, en contra de la opinión de la autora española, observar en un mero acto de participación un directo dominio del hecho en autoría mediata. El plus subjetivo del permiso justificante no transforma todavía meros aportes en dominios de los cursos lesivos preferibles, aunque nos conmueva advertir aquí y allá «valores de acción».

Más racional que desprenderse de la teoría de la accesoriedad interna limitada es desprenderse, por así decirlo, de la irracional exigencia de un tipo subjetivo en la justificación.

4. La justificación solo objetiva como error de prohibición al revés: el camino del delito putativo

Según Mir Puig, no es «coherente el planteamiento finalista que, al tiempo que sostiene la teoría estricta de la culpabilidad, exige para la justificación la presencia del elemento subjetivo de justificación. Si la suposición errónea

¹⁹ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, Derecho Penal, p. 575.

²⁰ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, Derecho Penal, p. 275.

²¹ GIL Y GIL, Alicia, La ausencia del elemento subjetivo de justificación, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006, p. 191.

de los presupuestos objetivos de una causa de justificación se considera –como aquella teoría– un error de prohibición, al error inverso consistente en desconocer la efectiva concurrencia de aquellos presupuestos debería considerarse constitutivo de un delito putativo impune. No solo no hace esto el finalismo ortodoxo, sino que considera suficiente la intención antijurídica para considerar concurrente el pleno injusto del delito consumado. Mientras que no atribuye ningún papel en el injusto a la creencia errónea de que concurren los presupuestos objetivos de una causa de justificación, el finalismo ortodoxo considera suficiente la creencia de realizar un hecho no justificado para sostener su plena antijuricidad»²².

La tesis que pretende emparentar, aunque más no sea en las consecuencias finales de punibilidad, el desconocimiento de los presupuestos objetivos de la justificación con la tentativa, con el vago y mal empleado argumento, por ejemplo, de la presencia de todos los modos de un desvalor de acción –o la fórmula incluso mucho más críptica de la falta de un valor de acción–, como hemos visto, olvida que en el primer supuesto, a diferencia de lo que sucede en la tentativa, el autor se decide a llevar a cabo una conducta que no es desvalorada desde el punto de vista estricto del sistema jurídico-normativo. Parece claro que en el ilícito de la tentativa es desvalorado dirigirse a la consumación de un homicidio, supuesto de hecho que recibe, en el caso aquí analizado, un juicio adicional ¡de valor!

Por otro lado, y para utilizar en sentido inverso el «argumento de la simetría», es posible sostener que si para una teoría de la culpabilidad estricta todo tipo de error de prohibición debe excluir la culpabilidad (si es inevitable), y todo error de prohibición, al revés, debe ser tratado como un delito putativo impune, entonces, es claro que, en los supuestos de justificación objetivamente presentes pero desconocidas, la solución debiera ser la del delito putativo: no se trata de algo distinto que de un error de prohibición sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación al revés.

Sucede en verdad que en esta cuestión subyace la clásica incomodidad para tratar como error de prohibición a este tipo de errores que, en la base, se transforman en un juicio fáctico errado (como lo sostiene la teoría de los elementos negativos del tipo y su correlato en la teoría del error: la teoría de la culpabilidad limitada).

Esta solución debería ser la consecuencia evidente de un finalismo ortodoxo²³, tanto que quienes lo critican, como Roxin, aprovechan estos supuestos

²² MIR PUIG, S., *Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto*, ADPCP, Madrid, 1988, p. 680.

²³ Por ello es incorrecta la apreciación de RIVACOPA Y RIVACOPA de que: «la exigencia de tal elemento [se refiere el autor al elemento subjetivo] es ineludible, por la lógica del sistema, en los autores finalistas, tanto que puede incluso pasarse en silencio al estudiar cada justificante», «Código Penal, art. 1/34,

para sostener un modelo parcialmente monista del ilícito (teoría de los elementos negativos del tipo)²⁴. Si se trata de un error de tipo, solo desde la teoría del error, entonces, parece ser coherente la solución de la tentativa (todo error de tipo al revés es una tentativa)²⁵:

Dado que la suposición errónea de los presupuestos de la legítima defensa constituyen, según la teoría de Welzel, un error de prohibición, surge necesariamente que el desconocimiento de la existencia de los presupuestos de la defensa necesaria constituirá un caso de error de prohibición al revés. Consecuentemente Welzel tendría que aceptar aquí un delito putativo. Esta solución sería una consecuencia de su concepción del tipo penal, pero no sería aceptable pues el autor quiso lesionar un bien jurídico protegido²⁶.

Cabe decir que lo único que no convence aquí es la conclusión de Roxin.

No parece cierto que ese bien gozara de la calidez normativa de protección jurídica, ya que, lamentablemente para el bien, él se encontraba dentro del juego de una norma de permiso que ha considerado su sacrificio como algo ventajoso, nunca como un ilícito.

Ahora bien, es indiscutible la racionalidad de la crítica de Roxin al padre del finalismo: si el sistema finalista hubiera llevado hasta las últimas consecuencias y de modo coherente, al sistema metodológico que propuso, la conclusión era obligada: la ausencia del conocimiento sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación debió haber implicado siempre un caso de delito putativo impune (error de prohibición sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación al revés).

Ello deja las cosas en uno de los puntos de partida que fueran expuestos al comienzo de la investigación: la demostración de que si tanto el llamado causa-

Parte General, I; Baigún-Zaffaroni (directores), Comentario al art. 34, inc.4to., Hammurabi, Buenos Aires, 1997, p. 662.

²⁴ Véase en el mismo sentido VALLE MUÑIZ: «El finalismo ortodoxo mantiene la teoría estricta de la culpabilidad para los casos de suposición errónea de los presupuestos de la justificación. Ello significa, como es sabido, el tratamiento de los mismos como un error de prohibición, al igual que sí el objeto del error recayera sobre la existencia del precepto permisivo sobre sus límites normativos. Esto es, mismo tratamiento del error sobre las circunstancias objetivas (Sachverhaltirrtum) y del error sobre la valoración. Pues bien, dado que el error inverso sobre la antijuricidad, en puridad dogmática welzeniana, conduce a un delito ideal o putativo impune, no puede ser otra la solución para los supuestos en que se actúa desconociendo la real existencia de los presupuestos objetivos justificantes, modalidad, desde el finalismo de error inverso de prohibición (esto es, la falsa creencia de los elementos objetivos de la permisión». VALLE MUÑIZ, J. M., La naturaleza graduable de lo injusto y la actuación en desconocimiento del presupuesto objetivo de una causa de justificación, en Política Criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin, SILVA SÁNCHEZ (ed.) Bosch, Barcelona, 1997.

²⁵ La tesis, en verdad, parte de un presupuesto no muy feliz. No es correcto definir a la tentativa, en primer lugar, como un error de tipo al revés. Es de una mala dogmática penal pretender que los fracasos de la tipicidad son los que con exclusividad explican la tentativa, pero no puedo ocuparme en esta ocasión de este problema.

²⁶ ROXIN, CLAUDIUS, Teoría del Tipo Penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico, trad. Bacigalupo, Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 253.

lismo como el finalismo hubieran sido coherentes en sus respectivas formulaciones de los problemas fundamentales del sistema del hecho punible y en particular en lo que refiere al funcionamiento del juicio de justificación, por distintas razones, ambos debieran haber llegado a la conclusión del poder eximente de la presencia meramente objetiva de los permisos justificantes. Como ya lo hemos afirmado, el causalismo por la impronta decididamente objetiva del ilícito, y el finalismo por las consecuencias del llamado principio de inversión.

Gil y Gil se ha opuesto afirmando que la teoría de la culpabilidad estricta no debiera llegar nunca a ese destino, ya que admitir un delito putativo supone que los elementos objetivos de la causa de justificación ya han justificado el hecho²⁷.

El argumento de Gil y Gil pretende partir, como presupuesto no sometido a discusión, de aquello que todavía hay que demostrar: que la ley ha decidido no justificar los hechos por la mera presencia objetiva del permiso. Ello, en todo caso, podrá ser la conclusión (aquí cuestionada), pero no el punto de partida.

Por otro lado, si la idea de la inversión tiene algún sentido, debe ser entendida como un supuesto en el cual se invierte la propia consideración de aquello que forma parte del defecto cognitivo del error al derecho. Es por ello que, si el error de prohibición implica una suposición referida a la presencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación, es inevitable considerar que la presencia objetiva y desconocida de estos presupuestos implica el caso inverso y por lo tanto un delito putativo. No podría argumentarse frente a esto con la ausencia del tipo subjetivo de la justificante para mantener en juicio de antijuricidad, ya que los errores no pueden referirse al tipo subjetivo del permiso, sino solo a datos fácticos.

VI. CONCLUSIÓN

Llegados hasta aquí hay que decir que este texto solo busca demostrar que la difundida y claramente dominante idea de que los permisos justificantes deben exigir un tipo subjetivo que acompañe a la presencia objetiva de la eximente, presenta varios problemas de racionalidad intra-sistemática.

Se trata de una temática no solo de gran trascendencia para el edificio del sistema del hecho punible, sino también de visibles consecuencias en el caso de punibilidad.

²⁷ GIL Y GIL, Alicia, La ausencia del elemento subjetivo de justificación, p. 168.

CAPÍTULO XXXV

EL RENOVADO INTERÉS DEL LEGISLADOR POR LOS COMPORTAMIENTOS POSTDELICTIVOS POSITIVOS

PABLO SÁNCHEZ-OSTIZ

Catedrático de Derecho penal. Universidad de Navarra, Pamplona

1. Mediante la LO 14/2022, de 22 de diciembre, fueron reformados algunos preceptos del código penal. Entre otros aspectos, en lo que ahora interesa destacar, afectó a tres delitos, para los cuales se previó la eficacia eximente de conductas postejecutivas de carácter positivo. Concretamente, en los artículos 262.3 (en delitos de alteración de precios) y 288 bis (relativos al mercado), así como a los artículos 432 bis y 434 (malversación de caudales públicos). Se trata de cuatro nuevos supuestos de comportamientos postdelictivos positivos. En los últimos cuarenta años, el número de tales comportamientos se ha incrementado, hasta el punto de que puede afirmarse que no son algo aislado o excepcional, sino confirmación de una clara y decidida opción por evitar las consecuencias penales allá donde sea posible.

2. El objetivo de estas páginas es confirmar y valorar el renovado interés del legislador por los comportamientos postdelictivos positivos, y exponer su relevancia. Se analizarán aquí someramente diversos supuestos previstos en el código penal que otorgan relevancia a esa clase de comportamientos posteriores al delito, o al inicio de su ejecución. Se trata de comportamientos postdelictivos positivos, tema sobre el que versó la tesis doctoral de nuestro homenajeado¹, si bien se refería sobre todo a la

¹ Cfr. DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento postdelictivo*, León, 1985 (las páginas citadas en el texto corresponden a esta obra). Entiendo que la denominación de «comportamientos postdelictivo positivo» (CPP) es aportación del autor; cfr. también ID., *La consideración de la víctima a través de la reparación*

circunstancia atenuante del entonces artículo 9.9.^a. Cuando se publicó en 1985, no ocultaba de Vicente las dificultades interpretativas que ofrecía el entonces estrecho margen de la previsión legislativa de la circunstancia atenuante genérica de arrepentimiento, e indicaba «las dudas existentes no sólo sobre el «porqué», sino incluso sobre el «si» de la relevancia del comportamiento postdelictivo en general» (p. 131). Cuarenta años después asistimos a una amplia previsión de conductas de esa clase que quitan importancia a la cuestión del «si», pero dejan abierta la del «porqué». Con otras palabras, se constata la clara voluntad del legislador de otorgarles relevancia, pero es preciso preguntarnos por su fundamento y razón de ser².

3. El esquema a seguir, una vez situado el tema en esta introducción, comienza por la descripción de supuestos previstos en el código penal como comportamientos postdelictivos positivos (I), sigue después una explicación de los posibles fundamentos (II), para concluir en una valoración de esta que- rencia del legislador (III).

I. LOS COMPORTAMIENTOS POSTDELICTIVOS POSITIVOS EN EL CÓDIGO PENAL

1. A lo largo del texto del código penal se han previsto abundantes su- puestos de comportamientos postdelictivos positivos. Así como de Vicente se refería sobre todo a la circunstancia atenuante genérica de arrepentimiento (o mejor, de «comportamiento posterior positivo»³) del entonces art. 9.9.^a, anali-

del daño en el Derecho penal español: posibilidades actuales y perspectivas de futuro, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Barcelona, 1997, pp. 201-205. Cfr. por lo demás las deno- minaciones de «rectificación», «rectificación postdelictiva» o «reacción», «corrección» o «enmienda» que sugería LUZÓN PEÑA, en Prólogo, *ibidem*, 1985, pp. 23, 25.

² Estas conductas han generado interés doctrinal en los últimos años, y se percibe que no se trata de casos marginales, sino de preceptos que proliferan: cfr. GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho pen- al*, Pamplona, 1997, pp. 127-215; FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, Valen- cia, 2000, *passim*, quien adopta la terminología de «comportamiento postdelictivo positivo», que incluye casos de atenuación y de exclusión (de levantamiento o anulación de la pena). Más centrado en una de sus facetas, asume la denominación RUIZ MARTÍNEZ, *La reparación del perjuicio como comportamiento postdelictivo positivo como instrumento de política criminal*, Madrid, 2017, *passim*. LANDERA LURI, *Ex- cusas absolutorias basadas en conductas positivas postconsumativas*, Valencia, 2018, *passim*, para algunas de ellas, emplea el término de «acciones contratípicas» (al respecto, cfr. mi recensión: *InDret* 3/2018, sección «ExLibris», pp. 11-15).

³ En efecto, se esfuerza en argumentar la inconveniencia de la denominación de «arrepentimiento»: cfr. DE VICENTE, *El comportamiento*, 1985, pp. 40-41, 107-121, y sobre todo en p. 120; *Id.*, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, pp. 203-204. En defensa de cierto componente de arrepentimiento en sentido jurídico, cfr., sin embargo, TAMARIT SUMALLA, *Hechos postdelictivos e individualización de la ejecución*, en ASÚA BATARRITA/GARRO CARRERA (eds.), *Hechos postdelictivos y sistema de individualiza- ción de la pena*, Bilbao, 2009, p. 111, n. 4. Por lo demás, téngase en cuenta que, en el código de 1995, la

zaba también algunos escasos supuestos previstos en el Libro II del código⁴. Ya entonces se llamaba la atención sobre el interés por tales comportamientos en leyes especiales (pp. 78-81), los antecedentes históricos (pp. 72-78, si bien no estuvieron exentos de dificultades: pp. 160-161) y el Derecho comparado (alemán: pp. 81-92, 181-191).

2. Este interés del legislador se plasmó en el código penal de 1995, en el que desaparecen algunos de ellos, pero se definieron nuevos supuestos⁵. Así, de los escasos siete previstos en el Derecho entonces vigente, en el código penal de 1995 se pasó a contar con más de 20, cantidad que supera ahora con creces los 30 supuestos⁶, gracias a las sucesivas reformas⁷.

previsión de dos circunstancias diversas (confesión y reparación) «objetiviza» ahora, en cierto modo, la conducta postdelictiva.

⁴ Concretamente, los previstos para la malversación en los arts. 395-396 (cfr. El comportamiento, pp. 64-72, 103-104, 322, 331); en los delitos de terrorismo, primero en el art. 174 bis c), luego derogado, pero previsto en la LO 2/1981, de 4 de mayo, art. 6 (cfr. *ibidem*, pp. 71, 105-107, 322, 325, 329); rebelión y sedición, en el art. 226 (cfr. *ibidem*, pp. 65, 104-105, 320, 325-328); detenciones ilegales, en el art. 480. III (cfr. *ibidem*, p. 71); cheque en descubierto, del art. 563 bis.b), supuesto que desaparece con el delito en cuestión, en el código de 1995 (cfr. *ibidem*, pp. 70, 320-321). A estos se añadían los arts. 434 del anteproyecto de código penal de 1983, y 84 ss de la Ley General Tributaria (cfr. *ibidem*, pp. 322, 332-333).

⁵ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de «reparación», Poder Judicial 1997 (núm. 45), p. 183: «En el nuevo Código penal menudean las referencias, expresas o implícitas, a la trascendencia jurídico-penal de actos de «reparación»»; FARALDO CABANA, Las causas de levantamiento de la pena, pp. 24-26.

⁶ Concretamente, se trata de los arts. 16.3 (desistimiento de la tentativa); 21.4.^a (atenuante de confesión); 21.5.^a (atenuante de reparación); 31 quáter a) (atenuante de confesión en responsabilidad penal de personas jurídicas); 31 quáter b) (atenuante de colaboración en responsabilidad penal de personas jurídicas); 31 quáter c) (atenuante de reparación en responsabilidad penal de personas jurídicas); 31 quáter d) (atenuante de prevención en responsabilidad penal de personas jurídicas); 163.2, inciso 1 (liberación de la víctima de detención ilegal antes de tres días); 164, inciso 2 (liberación de la víctima de secuestro antes de tres días); 214. I (reconocimiento de la falsedad de calumnias e injurias); 218.2 (convalidación del matrimonio inválido); 225 (restitución de la víctima en el quebrantamiento de los deberes de custodia e inducción al abandono de domicilio); 225 bis 4. I, inciso 1 (comunicación del lugar del menor sustraído); 225 bis 4. I, inciso 2 (sustracción de un menor inferior a 24 horas); 225 bis 4. II (restitución del menor sustraído, antes de los 15 días); 258.3 (rectificación de la declaración mendaz sobre bienes en la frustración de la ejecución); 262.3 (cooperación con la autoridad en el delito de alteración de precios en concursos y subastas públicas); 288 bis (cooperación con la autoridad en el delito de alteración de precios de los artículos 281 y 284); 305.4 (regularización tributaria); 307.3 (regularización del fraude a la Seguridad Social); 308.6 (reintegro de subvenciones fraudulentas); 314 (rectificación de la discriminación en el empleo); 340 (reparación del daño en los delitos relativos a la ordenación del territorio, contra el patrimonio histórico o el medio ambiente); 376. I (abandono y colaboración en delitos contra la salud pública); 376. II (deshabitación del responsable en delitos de tráfico de estupefacientes); 426 (denuncia del particular en el cohecho pasivo); 432 bis (restitución en la malversación por destino a usos privados); 434 (restitución en la malversación); 462, incisos 1 y 2 (retractación en el delito de falso testimonio); 480.1 (revelación de la rebelión); 480.2, inciso 1 (deponer las armas en la rebelión); 480.2, inciso 2 (disolución de los rebeldes); 570 quáter.4 (abandono y colaboración en delitos de grupos y organizaciones criminales); 579 bis.3 (abandono y colaboración en delitos de terrorismo).

⁷ Las reformas posteriores que introdujeron nuevos comportamientos postdelictivos, o alteraron los existentes, son las obradas por LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (arts. 31 bis, 426, y 570 quáter.4), en cuyo preámbulo apenas se mencionan las cuatro circunstancias atenuantes del entonces art. 31 bis; LO 1/2015, de 30 de marzo, por

3. Entre las ahora previstas, abundan las que otorgan contenido material al comportamiento, frente a una de carácter «procesal» (art. 258.3), si atendemos a que condiciona la facultad de perseguir en tales casos el delito. Las hay previstas con carácter general, sin especificar el delito (desistimiento de la tentativa y atenuantes de los artículos 21.4.^a y 5.^a, y 31 quáter)⁸. Pero abundan las previstas en el Libro II, para delitos singulares o grupos específicos de delitos (28). A su vez, podrían agruparse según prevén efecto eximente (14) o atenuante (21); así como por el modo prescriptivo (31) o, en cambio, facultativo (5, teniendo en cuenta que el artículo 214. I prevé una variante de modo prescriptivo y otra, facultativo, en función de la pena a la que se refiere).

No es momento ahora de analizar en detalle cada supuesto, pero sí para destacar los bienes jurídicos a que afectan en cada caso. Así, al margen de los previstos de manera genérica, se han previsto para ciertos delitos de peligro, como también contra el orden socio-económico, o que afectan al patrimonio público, la Hacienda Pública o la Seguridad Social. Pero no faltan algunos que afectan a bienes jurídicos personales: desde la libertad hasta el honor pasando por la seguridad del menor⁹. No se toman en cuenta aquí, sin embargo, otros factores que pueden referirse a la punibilidad y que no consisten en comportamientos postejecutivos positivos del agente del delito¹⁰.

la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (arts. 31 quáter, 258.3, y 434) y que hace una interesante mención en su preámbulo a la libertad condicional y la relevancia de la reparación a efectos de no persecución de los delitos, en artículo 963.1.^a.b) de la Ley de enjuiciamiento criminal); LO 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo (art. 579 bis.3), y que en su preámbulo menciona escuetamente la atenuante ahí prevista; LO 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores (art. 225 bis); y LO 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso (arts. 262.3, 288 bis, 432 bis, y 434), que suprimió el delito de sedición y, con él, lo previsto en el artículo 549, y que contiene una importante clave en su preámbulo (cfr. III) sobre el sentido y alcance de la figura del art. 262.3.

⁸ Sobre las circunstancias atenuantes genéricas del artículo 21, cfr. GARRO CARRERA, en EAD./ ASÚA BATARRITA, Atenuantes de reparación y confesión. Equívocos de la orientación utilitaria, Valencia, 2008, pp. 19-144; GARRO CARRERA, Reparación del daño e individualización de la pena. Derecho comparado y regulación española (art. 21.5 del Código Penal), Bilbao, 2006, *passim*. Sobre las atenuantes del artículo 31 quáter, cfr. GOENA VIVES, Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica, Madrid, 2017, *passim*.

⁹ Considero que la retractación del falso testimonio (art. 462, con dos variantes), aunque prevista entre los delitos contra la Administración de Justicia, ha de vincularse –primariamente al menos– con bienes jurídicos personales (de entrada, libertad y honor), por cuanto se asocia su eficacia al procedimiento penal y a la clase de pena que pueda evitarse mediante el comportamiento postdelictivo positivo.

¹⁰ Así, quedan fuera de este análisis el perdón del ofendido, la prescripción del delito, el parentesco en ciertos delitos patrimoniales, entre otros factores. Me he referido a estos y otros factores de la punibilidad en A vueltas con la Parte Especial (Estudios de Derecho penal), Barcelona, 2020, pp. 123-149.

4. Esta variedad de supuestos se halla atravesada por dos líneas diversas que parecen darle sentido. Así, los hay que responden a la idea de desistimiento en fase ejecutiva, entendido este en sentido amplio, para dar cabida al que se refiere a la tentativa como también al que acaece entre la consumación formal y la material o terminación. Lo común a estos casos sería el comportamiento dirigido a frenar el curso de riesgo o sus efectos, a retroceder en lo que sea posible. Podrían agruparse aquí la mayoría de los supuestos, sobre todo, si incluimos la circunstancia genérica de reparación de los efectos del delito¹¹. En cambio, en segundo lugar, otros supuestos responderían al contenido de colaboración activa con la Administración de Justicia, entendida esta de forma amplia¹². Tanto en un grupo como en otro, se trataría de evitar la reacción penal, por diversas razones que podrían indicar que la necesidad de intervenir ha cesado o se ve disminuida¹³.

En definitiva, los datos abonan la afirmación de que estos comportamientos postdelictivos de carácter positivo ofrecen interés al legislador penal, que no ha cesado de preverlos en los últimos cuarenta años. Así se constata al comprobar los (escasos) previstos en el código de 1973, el incremento de los incluidos en el código de 1995, y los introducidos en sucesivas reformas, hasta superar en la actualidad los 30 supuestos. Con

¹¹ En efecto, incluyo aquí buena parte de supuestos del total de los indicados: arts. 16.3 (desistimiento de la tentativa); 21.5.^a (atenuante de reparación); 31 quáter c) (atenuante de reparación en responsabilidad penal de personas jurídicas); 163.2, inciso 1 (liberación de la víctima de detención ilegal antes de tres días); 164, inciso 2 (liberación de la víctima de secuestro antes de tres días); 214. I (reconocimiento de calumnias e injurias); 218.2 (convalidación del matrimonio inválido); 225 (restitución de la víctima en el quebrantamiento de los deberes de custodia e inducción al abandono de domicilio); 225 bis 4. I, incisos 1 y 2, y II (en la sustracción de menores); 258.3 (rectificación de la declaración mendaz sobre bienes en la frustración de la ejecución); 314 (rectificación de la discriminación en el empleo); 340 (reparación del daño en los delitos relativos a la ordenación del territorio, contra el patrimonio histórico o el medio ambiente); 432 bis (restitución en malversación por destino a usos privados); 434 (restitución en malversación); 462, incisos 1 y 2 (retractación en el delito de falso testimonio); 480.1-2 (en el delito de rebelión). En cierto modo, cabría plantearse si supuestos como el del art. 382.2 (omisión de retirar los obstáculos en la vía) podría verse como un caso de relevancia del comportamiento positivo, una vez iniciado el peligro para la seguridad vial. Es posible que así pudiera ser en algunos casos, pero no en todos.

¹² Cfr. artículos 21.4.^a (atenuante de confesión); 31 quáter a), b) y d) (atenuantes de confesión, colaboración y prevención en responsabilidad penal de personas jurídicas); 262.3 (cooperación con la autoridad en el delito de alteración de precios en concursos y subastas públicas); 288 bis (cooperación con la autoridad en el delito de alteración de precios de los artículos 281 y 284); 305.4 (regularización tributaria); 307.3 (regularización del fraude a la Seguridad Social); 308.6 (reintegro de subvenciones fraudulentas); 376. I y II (abandono y colaboración en delitos contra la salud pública, así como la deshabitación del responsable en delitos de tráfico de estupefacientes); 426 (denuncia del particular en el cohecho pasivo); 570 quáter.4 (abandono y colaboración en delitos de grupos y organizaciones criminales); 579 bis.3 (abandono y colaboración en delitos de terrorismo).

¹³ Me remito a la investigación doctoral que se encuentra realizando Rosario J. NOUGUÉS, bajo mi dirección (2023), a propósito de la denuncia en el cohecho pasivo, en el marco de las conductas postdelictivas, y que distingue entre las de *retroceso* y las de *re-estabilización*. Agradezco sus observaciones críticas a versiones previas de este trabajo.

razón puede hablarse de un renovado –cuando no *persistente*– interés del legislador penal por estos comportamientos ¹⁴.

II. MARCO TEÓRICO DE LOS COMPORTAMIENTOS POSTDELICTIVOS POSITIVOS

1. El número, la variedad y la consolidación de estos supuestos lleva a pensar que no se trata de algo meramente circunstancial o esporádico. Muestran un persistente interés del legislador en preverlos. Si a esto se añade que también en Derecho comparado se constata ese mismo interés, y que la historia de preceptos de tal carácter se remonta bastante atrás, se concluirá que es algo más que una moda. Se trataría, en una primera percepción, de un indicio de la buscada subsidiariedad del Derecho penal ¹⁵. Al menos de entrada, en efecto, se constata la opción por un Derecho penal subsidiario, que interviene –en las previsiones legislativas, como también en la reacción punitiva concreta– en defecto de otros medios menos lesivos. A esta misma corriente de evitación de lo más punitivo del sistema penal, se añaden otros síntomas de estos mismos años (desde 1995): acuerdos de conformidad en sentencias condenatorias ¹⁶, reorientación a la víctima ¹⁷ y justicia reparadora ¹⁸, relevancia de conductas reparadoras en fase de ejecución de la pena ¹⁹, traslado de la carga de prevención de delitos a sujetos privados de carácter empresarial, influencia de la responsabilidad civil y de la figura de los seguros, entre otros.

2. Junto a la subsidiariedad, debería atenderse también a razones de prevención general y de protección de los bienes jurídicos. En la medida en que evitar el recurso a instrumentos propiamente punitivos no menoscabe los posibles efectos de prevención general y de protección de la vida social ²⁰, habría

¹⁴ Vinculado con el de la reparación, FARALDO CABANA, Las causas de levantamiento de la pena, p. 40, lo califica como «un tema “de moda” en la actual política jurídica, española y comparada, que se vincula al resurgimiento de victimología».

¹⁵ Para GARCÍA PÉREZ, La punibilidad, pp. 336-345, es el principio de subsidiariedad el criterio latente en los factores que afectan a la punibilidad.

¹⁶ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, La expansión del Derecho penal, Montevideo, Buenos Aires, 2011, pp. 74-79.

¹⁷ Cfr. DE VICENTE REMESAL, en Política criminal y nuevo Derecho penal, pp. 173-206; crítico, SILVA SÁNCHEZ, Poder Judicial 1997 (núm. 45), p. 189.

¹⁸ Cfr. la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

¹⁹ Al respecto, cfr. art. 90, sobre la relevancia del comportamiento del penado a efectos de la libertad condicional. Cfr. TAMARIT SUMALLA, en Hechos postdelictivos, pp. 109-124.

²⁰ Cfr. FARALDO CABANA, Las causas de levantamiento de la pena, p. 122, quien añade también factores vinculados a la resocialización, aunque no oculta sus reservas al respecto (cfr. pp. 128, 136), hasta el punto «de que si la reparación no cumple plenamente los fines de la pena sólo debería dar lugar a

fundados motivos para admitir o reafirmar la eficacia exonerante o atenuante de comportamientos postdelictivos positivos. De lo contrario, se alimenta la impresión de que son vías para eludir penas por motivos diversos. Y esto puede resultar problemático, por el desgaste de la capacidad preventiva y tuitiva del Derecho penal. Ya en sede de defraudación tributaria fue señalado por parte de la doctrina que la conducta de regularización compensa a la Hacienda Pública y la Administración de Justicia²¹. A esto se añade que no pocos de los comportamientos positivos ahora previstos afectan a bienes vinculados al orden socio-económico o la Administración pública²². De este modo, además de los previstos con carácter general (desistimiento de la tentativa y circunstancias atenuantes), se definen otros comportamientos postdelictivos positivos para delitos que tutelan bienes muy variados. Los hay también en delitos de peligro contra bienes supraindividuales, e incluso en delitos contra las personas. Y en aquellos bienes no personales, la naturaleza y carácter del bien jurídico tutelado parece facilitar salidas alternativas a la pena efectiva²³. Pero esta profusión de supuestos hace dudar de los efectos que ha de tener el Derecho penal.

3. Adicionalmente, frente al pretendido afán de subsidiariedad (párr. 2), cabe aducir que no es del todo claro que tal objetivo se cumpla. En efecto, surgen dudas sobre la pretendida y proclamada subsidiariedad en tales casos. En la medida en que la amenaza de una pena sea vista como un mecanismo de motivación de conductas, ya se está recurriendo al Derecho penal. Y si esa amenaza de pena sirve a los fines de obtener un cumplimiento, aunque sea extemporáneo, de conductas en beneficio del bien jurídico, hay que concluir que se trata más bien de emplear los instrumentos penales como arma intimidatoria en una negociación en la que se *gestiona* el bien jurídico. Más que de

una atenuación de la misma pero no a su completa anulación» (p. 142). Cfr. también GARRO CARRERA, Comportamiento postdelictivo positivo y delincuencia asociativa. Claves para una reelaboración, *In-Dret* 1/2013, p. 7.

²¹ Cfr. PASTOR PRIETO, Costes e incertidumbre del sistema fiscal derivados de la conflictividad tributaria, *Crónica Tributaria* 82/83, 1997, pp. 193-236; ID., Qué hacer en los conflictos fiscales. Un análisis económico de las Propuestas de Actas de Conformidad, *Hacienda Pública Española* 132, 1995, pp. 225-244; ESTRADA DI LIELLO/PASTOR PRIETO, Tributos y tribunales. Un análisis de las sentencias, en *Hacienda Pública Española* 147, 1998, pp. 63-71.

²² Ya había detectado DE VICENTE, *El comportamiento*, 1985, p. 322, cómo en algunos casos de los entonces previstos en la parte especial, estaba presente un ente público y/o un derecho de crédito. Es más, en p. 331 señalaba cómo el comportamiento postdelictivo positivo «viene a ser en estos casos (*sc.* de derecho de crédito) una prórroga del plazo».

²³ Cfr. RUIZ MARTÍNEZ, *La reparación del perjuicio*, p. 91, quien diferencia la relevancia de la reparación en función de los bienes jurídicos a los que afecte (vida e integridad, patrimonio y, finalmente, contra el orden socio-económico, la Administración de Justicia, el medio ambiente, etc.); a lo cual añade la operatividad de la idea de *ultima ratio* del Derecho penal resultante de la «cumulativa aplicación de los principios de subsidiariedad y fragmentariedad» (p. 92).

subsidiariedad del Derecho penal, sería oportuno referirse a la eficacia de la amenaza de pena en una negociación con medios y entre sujetos desiguales.

4. La amplia variedad de los supuestos identificados y aquí mencionados resiste a la elaboración de un sistema²⁴. En efecto, más allá de clasificaciones coyunturales y descriptivas (atenuantes/eximentes, generales/especiales, prescriptivas/facultativas, materiales/procesales, bienes jurídicos personales/colectivos, etc.), conviene contar con un criterio que explique su sentido. Pero no resulta fácil dar con dicho criterio. A pesar de ello, me parece que, entre los diversos elementos presentes, despunta uno relativamente común en varios de ellos. Me refiero a la presencia de un elemento de deber extrapenal, sea en la estructura del delito, sea en el bien tutelado, cuyo cumplimiento postdelictivo se valora muy relevantemente, hasta el punto de influir en la decisión sobre la pena aplicable. Ese elemento de deber puede venir de la presencia de un ente público, con el que se relaciona el ciudadano, o de un bien jurídico objeto de regulación sectorial, o de una estructura delictiva basada en el incumplimiento de obligaciones no penales. Concretamente, incluyo aquí un amplio número de supuestos²⁵, entre los cuales los hay también en delitos contra bienes de carácter personal²⁶.

5. Según entiendo, el beneficio de la exención o de la atenuación de la pena no se corresponde con una conducta meritoria que dé lugar a una consecuencia premial. Esto sería posible en casos de confesión y autodenuncia, que se halla presente, sin embargo, solo en algunos casos. En buena parte de esos casos, se trata más bien de conductas debidas (las de reparación y satisfacción)

²⁴ Algo que DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento*, 1985, pp. 43, 338-339, ya señalaba entonces como problemático para los supuestos del Derecho alemán.

²⁵ En concreto, en los arts. 214. I (reconocimiento de calumnias e injurias); 218.2 (convalidación del matrimonio inválido); 225 (restitución de la víctima en el quebrantamiento de los deberes de custodia e inducción al abandono de domicilio); 225 bis 4. I, inciso 1 (comunicación del lugar del menor sustraído); 225 bis 4. I, inciso 2 (sustracción de un menor inferior a 24 horas); 225 bis 4. II (restitución del menor sustraído, antes de los 15 días); 258.3 (rectificación de la declaración mendaz sobre bienes en la frustración de la ejecución); 262.3 (cooperación con la autoridad en el delito de alteración de precios en concursos y subastas públicas); 288 bis (cooperación con la autoridad en el delito de alteración de precios de los arts. 281 y 284); 305.4 (regularización tributaria); 307.3 (regularización del fraude a la Seguridad Social); 308.6 (reintegro de subvenciones fraudulentas); 314 (rectificación de la discriminación en el empleo); 340 (reparación del daño en los delitos relativos a la ordenación del territorio, contra el patrimonio histórico o el medio ambiente); 426 (denuncia del particular en el cohecho pasivo); 432 bis y 434 (restitución en malversación); 434 (restitución en malversación); 462, inciso 1 (retractación en el delito de falso testimonio); 462, inciso 2 (retractación en el delito de falso testimonio).

²⁶ Quedarían al margen, además de las circunstancias atenuantes genéricas (que no excluyen aplicarse en delitos que contienen ese elemento de deber), algunos supuestos vinculados muy directamente a la *colaboración* con la Administración de Justicia (arts. 376. I, para el abandono y colaboración en delitos contra la salud pública; 570 quáter.4, para el abandono y colaboración en delitos de grupos y organizaciones criminales; 579 bis.3, respecto al abandono y colaboración en delitos de terrorismo); o con las circunstancias personales del *reo drogodependiente* (art. 376. II, en cuanto a la deshabitación del responsable en delitos de tráfico de estupefacientes); o con el delito de *rebelión* (art. 480.1 y 2, con sus dos incisos).

que en ocasiones se entremezclan con otras no debidas (por llevar consigo la autoinculpación), al servicio de una finalidad de eficiencia y utilidad que puede ser lo que se persigue en varias de ellas²⁷. Esta lógica de utilidad y conveniencia parece inspirar buena parte de los comportamientos postdelictivos positivos previstos en la parte especial del código²⁸.

III. VALORACIÓN FINAL

1. Basta un repaso del texto del código penal en su versión inicial de 1995, en comparación con la que le precedía y con las sucesivas reformas, para extraer una clara conclusión basada en no pocos datos. El interés del legislador por los comportamientos postdelictivos positivos fue claro y amplio en aquel momento, y se ha incrementado y consolidado con el paso del tiempo. En este proceso, no es menos relevante que ya antes de 1995 existieran algunos supuestos, lo cual muestra una evolución que el tiempo no ha hecho sino intensificar. Lo cual se corresponde a su vez con mecanismos semejantes en el Derecho comparado.

2. En las diversas figuras de comportamientos postdelictivos positivos se percibe un doble componente y tipología. Por encima de otras clasificaciones, aparecen dos factores (a su vez, compatibles) que dan razón de la atenuación o exención de pena. Así, por un lado, se entrevé el sentido del desistimiento de la tentativa²⁹, ampliado a la fase anterior a la terminación del delito, cuando ello sea posible; esto es, se concede eficacia al comportamiento en la medida en que todavía pueda retrocederse en el curso del delito o reducir sus efectos. Y, por otro lado, se percibe también que influye la positiva valoración de la colaboración con la Administración de Justicia³⁰; es decir, el favorecimiento de la reacción

²⁷ Cfr., con carácter general, GARRO CARRERA, InDret 1/2013, pp. 11-17, quien se muestra crítica con las disposiciones premiales en la delincuencia organizada.

²⁸ Ya señalaba DE VICENTE REMESAL, El comportamiento, 1985, pp. 344-345, que la circunstancia genérica de arrepentimiento (o de «comportamiento posterior positivo») tenía un fundamento diverso al de los supuestos de la parte especial (cfr. *ibidem*, pp. 349-382, 369, 380), más vinculado a los fines de la pena (p. 355). En cambio, para FARALDO CABANA, Las causas de levantamiento de la pena, pp. 37, 78, presentan un fundamento común.

²⁹ En opinión de FARALDO CABANA, Las causas de levantamiento de la pena, p. 61, el desistimiento y las causas de levantamiento de la pena «comparten una misma naturaleza jurídica» (cfr. también, pp. 67-68, 99); es más, aboga por basar en el desistimiento el sentido de los comportamientos postdelictivos positivos (p. 143), a excepción de los que consistan en la colaboración con la Administración de Justicia (cfr. pp. 115, 145). Sobre el desistimiento entendido como presupuesto negativo de aplicación de la norma de sanción, para que desempeñe la función retributivo-comunicativa propia de dicha norma, cfr. MONTERO, Desistimiento de la tentativa. Su consideración a la luz de la distancia entre norma de comportamiento y norma de sanción. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 74 (2021), pp. 735-763, 755.

³⁰ Aboga GARRO CARRERA, InDret 1/2013, pp. 17-23, por reconducir estos supuestos a las exigencias de reparación de la criminalidad común.

penal frente al delito cometido, de tal modo que se da relevancia a conductas de denuncia, aportación de pruebas, etc. Aparte, junto a ambos factores, y más allá de si se trata de conductas debidas o no –y, por tanto, de si pueden considerarse como merecedoras de un tratamiento premial–, ha aparecido en buena parte de ellas el beneficio práctico de favorecer el cumplimiento de obligaciones extrapenales por parte del autor del delito al que ahora se le dirige una oferta de exención o atenuación de pena que difícilmente rechazará, lo cual puede llegar a presentar su conducta postdelictiva como equivalente funcional de la pena³¹. Sea como fuere, la previsión y eficacia de estos supuestos parecen abonar la pretendida subsidiariedad de los instrumentos penales. Sin embargo, no es así. Esa pretendida subsidiariedad puede ser más aparente que real: esto se podría afirmar de los casos en que los instrumentos penales son medio para asegurar el cumplimiento de deberes extrapenales³². Quedaría por ver, en un análisis más detallado³³, si la cesión de lo penal en beneficio de la utilidad resulta aceptable y legítima en términos de prevención general y especial³⁴, así como de protección de los bienes jurídicos³⁵, o si despliega un efecto de «desgaste» de lo propiamente penal³⁶, lo cual «en cierto modo supondría una (re)privatización del Derecho Penal»³⁷. Desde ese punto de vista, resulta llamativo que el más intenso recurso al Derecho penal conviva con la previsión de vías de evitación de sus más graves consecuencias³⁸.

³¹ Cfr. ASÚA BATARRITA, en *Atenuantes de reparación y confesión*, p. 167. Para la regularización tributaria, cfr. MONTERO, «La regularización tributaria como equivalente funcional de la pena retributiva», *InDret* 2/2020, pp. 304-349, quien propone entender esta figura como comportamiento materialmente distinto, pero funcionalmente equivalente al deber de tolerar la acción punitiva (p. 333).

³² Muy claro se percibe a propósito de algunas figuras como la regularización tributaria. Pero no es algo aislado: así, por ejemplo, en uno de los casos más recientemente introducidos en el código penal (art. 262.3), no basta con el cese de la actividad y la colaboración, sino que esta debe ser activa, «plena, continua y diligente», entre otros requisitos que deben interpretarse en el marco de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. En efecto, se detalla expresamente (art. 262.3.b) que se haya «presentado una solicitud de exención del pago de la multa de conformidad con lo establecido en la Ley de Defensa de la Competencia».

³³ Hay un aspecto adicional –«cuestión de principios», por así decir– a tener en cuenta: si se respeta el postulado del Derecho penal del hecho. Cfr. LUZÓN PEÑA, en DE VICENTE, *El comportamiento*, 1985, pp. 26-28, quien no ve obstáculo en tal sentido.

³⁴ Crítico, DE VICENTE, *El comportamiento*, 1985, p. 355, quien veía que «las razones pragmáticas, políticas, y de conveniencia pública, muchas veces debidas a situaciones coyunturales, suponen una notable rebaja e incluso exención de la pena difícilmente compatible con los criterios preventivos». Y corresponde a los criterios preventivos «la tarea de servir de límite a la atenuación» (*ibidem*). Si esto se expresa para los casos de atenuación, con mayor razón para los de exención.

³⁵ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Poder Judicial* 1997 (núm. 45), pp. 193-198, crítico respecto a la reparación a la víctima que desencadene «la desestabilización y la desconfianza» (p. 193).

³⁶ Cfr. FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, pp. 139-140.

³⁷ Así DE VICENTE, *El comportamiento*, 1985, p. 356.

³⁸ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Poder Judicial* 1997 (núm. 45), p. 198 (el recurso intensificado en la reparación en favor de la víctima es «un dato más para confirmar la intuición acerca de que algo está cambiando

3. Los comportamientos postdelictivos positivos previstos como mecanismos al servicio de la protección de bienes jurídicos resultan más fácilmente explicables si se pone el acento en el componente de cumplimiento de un deber extrapenal que se incluye en la estructura del tipo o en el bien jurídico tutelado en cada caso. Este componente facilita la operatividad de estos comportamientos; pero que sea explicable no quiere decir que sea legítimo. En efecto, hace que el deber, satisfecho siquiera de forma extemporánea, haga menos necesario el recurso a la pena. Quedaría por valorar, además, sus efectos en términos preventivos: algo que no en todos los casos y circunstancias será igual, y que exigiría un estudio más en profundidad. Como afirmaba de Vicente, ya en los años 80 del pasado siglo, en algunos casos la presencia de un ente público y del cumplimiento de un deber pueden facilitarlos. Aunque no pueda aplicarse a todos los casos previstos por el legislador, da luz para comprender estas figuras postdelictivas que abunda cada vez más en la legislación. Y en este punto, las aportaciones doctrinales de nuestro homenajeado fueron pioneras y siguen siendo actuales.

en el Derecho penal contemporáneo»; cfr. también, *ibidem*, n. 54); también ASÚA BATARRITA, en *Atenuantes de reparación y confesión*, p. 158.

CAPÍTULO XXXVI

¿HAY ALGO NUEVO EN LA DOGMÁTICA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA? *

BERND SCHÜNEMANN

Catedrático (em.) de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal,
Filosofía del Derecho y Sociología del Derecho.
Universidad LMU de Múnich (Alemania) **

I. UNA MIRADA RETROSPECTIVA A MEDIO SIGLO

La dogmática de la imputación objetiva del resultado en el Derecho penal ha podido celebrar recientemente el aniversario o jubileo de medio siglo, pues su pistoletazo de salida lo dio el trabajo de Claus ROXIN en la *Festschrift* (Libro Homenaje) para Richard Honig de 1970 «Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht» [«Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho Penal» ***]¹. El hecho de que a este pistoletazo de salida siguiera en muy poco tiempo una viva discusión que no se ha apagado hasta hoy se debe

* Traducción de Miguel Díaz y García Conlledo.

** Dr. iur. h. c. mult. Ex Director del Institut für Anwaltsrecht an der LMU München.

*** La traducción en español con ese título es de LUZÓN PEÑA y aparece en ROXIN, Problemas básicos del Derecho penal, Madrid, Reus, 1976, 128 ss.; 2.ª ed., 2017, 173 ss. [N. del T.].

¹ Sobre las primeras formas de la teoría de la imputación objetiva en HONIG, ENGISCH y WELZEL, v. SCHÜNEMANN, GA 1999, 209 ss. = en español SCHÜNEMANN, Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio, Madrid 2002, 70, 73 ss. (abrev. Temas), publicado en Latinoamérica en: SCHÜNEMANN, Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio, Lima, 2006, 317 ss.; Aspectos puntuales de la Dogmática jurídico-penal, Bogotá, 2007, 19 ss.; Obras I, Santa Fe/Argentina 2009, 377 ss.

a que ROXIN había construido el tejado o cubierta dogmática para toda una serie de problemas que hasta entonces se habían tratado independientemente unos de otros. Esto vale concretamente para la causalidad hipotética de una conducta alternativa conforme a Derecho, para cuya solución ROXIN ya había desarrollado en 1962 la teoría del aumento o incremento del riesgo², así como para la causación imprudente de un resultado situado fuera del fin de protección de la norma de cuidado, que Rudolphi había tratado de modo más intensivo por primera vez en el año 1969³. Por eso, ya en 1975, en mi artículo por entregas sobre «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte»⁴ [«Tendencias modernas en la dogmática de los delitos imprudentes y de peligro»] pude investigar un campo trabajado dogmáticamente de forma intensiva. Cuando hoy, alrededor de medio siglo después, dirijo mi vista al mismo campo, si bien entretanto el número de contribuciones a su tratamiento se ha multiplicado, los problemas y los casos examinados para su solución han permanecido sin embargo casi invariables. Desde el punto de vista sistemático, tampoco hay desarrollos o novedades significativas. Aunque desde aproximadamente la primera edición de su gran Tratado ROXIN distingue entre la realización del riesgo no permitido y el alcance del tipo⁵, no se trata sin embargo de requisitos categorialmente diferentes, como lo demuestra el ejemplo de que incluya en el primer grupo la restricción de la imputación «por el fin de protección de la norma de cuidado»⁶ y limite el alcance del tipo de la mano del «fin de protección de la norma típica»⁷. El hecho de que la teoría de la imputación objetiva domine la dogmática del tipo objetivo en la ciencia jurídico-penal de Alemania y de los países que mantienen un diálogo fructífero con ella (especialmente España, donde las contribuciones a esta teoría no van a la zaga de las alemanas en cuanto a amplitud y profundidad⁸) no necesito explicarlo más

² ZStW 74 (1962), 411 ss.

³ JuS 1969, 549 ss.

⁴ JA 1975, 437 ss, 511 ss, 575 ss, 715 ss, 787 ss.

⁵ 1.ª ed., 1992, § 11 nm. 59 ss., 85 ss.; igualmente en la 5.ª ed. de ROXIN/GRECO, 2020, § 11 nm. 69 ss., 106 ss.

⁶ 1.ª ed., § 11 nm. 69 ss., 5.ª ed., § 11 nm. 84 ss.

⁷ 1.ª ed., § 11 nm. 85, 5.ª ed., § 11 nm. 106.

⁸ Entre otros, en la escuela de Luzón: LUZÓN PEÑA, Coment. a STS 14-2-1978, RDCir 1978, 140 ss.; Comentario a STS 28-4 y 3-5-1978, RDCir 1978, 387 ss.; Causalidad e imputación objetiva como categorías distintas dentro del tipo de injusto, AJ VII, 1981, 78 ss.= RDCir 1981, 501 ss. Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente, RDCir 1984, 275 ss.; DPCir, 2.ª, 1990, 31-133; Problemas de la transmisión y prevención del SIDA en el Derecho penal español, PJ 23 1991, 87 ss; Imputación objetiva, EJB, 1995, 3465 ss; The criminal liability for being infected or endangered by HIV, en: Szwarc (ed.), SIDA y Derecho penal, 1996, 93 ss; Imputación objetiva, en Luzón (dir.), EPB, 2002, 800 ss; Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad..., FG-Roxin: GA 2011-5, 169 ss; Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad..., RGDP 15 2011; versión ampliada, como «Principio de alteridad... (versión con precisiones)», en Libertas 0, 2012, 17 ss; y en Act-Pen 27, 2016, 133 ss; Imputación objetiva y equivalencia entre participación en autopuesta en peligro y

aquí⁹ y puedo remitirme a las exposiciones de ROXIN/GRECO¹⁰ en relación con las pocas voces críticas *a limine*, así como, en relación con la crítica de GOECKENJAN¹¹ no contemplada aún en aquellas, a la reseña de AMBOS¹².

Del mismo modo que el significado sistemático fundamental de la imputación objetiva¹³ está ampliamente reconocido y en todo caso no precisa de nuevo análisis alguno, en mi opinión esto también vale para la teoría del incremento del riesgo creada por ROXIN como su parte temáticamente más bien estrecha pero más discutida. Si bien la crítica que en última instancia culmina en el reproche de una infracción del principio «*in dubio pro reo*» no ha cesado hasta nuestros días, pierde, sin embargo, completamente su peso o importancia si la teoría del incremento del riesgo se reformula normativamente del modo que propuse ya hace medio siglo: se trata de la cuestión de si la norma de cuidado, constituida *ex ante*, infringida por el sujeto puede considerarse, también conforme a las circunstancias conocidas *ex post*, un medio político-criminalmente sensato para evitar el resultado acontecido; y se ha de responder ya afirmativamente a esta cuestión normativa, si, según las leyes causales actualmente conocidas, el riesgo de que se produzca el resultado observando las reglas de cuidado que se han de determinar *ex ante*, también se habría reducido según la contemplación *ex post* que tenga en cuenta todas las condiciones periféricas concretas¹⁴.

heteropuesta en peligro consentida: el criterio del control del riesgo, Foro FICP 2015-3, 16 ss.; Lecciones PG, 3.^a ed., 2016, Cap. 15, párr. 1 ss, 2016, Cap. 15, párr. 1 ss. (pp. 189 ss.), esp. párr. 42 ss. (pp. 201 ss.); ROSO CAÑADILLAS, La concurrencia de imprudencias..., PJ 46 1997, 273 ss; Autoría y participación imprudente, Granada, 2002, 165 ss., 501 ss.; Autoría mediata, imputación objetiva y autopuestas en peligro, RDPCr 12 2003, 357-407; versión ampliada en: RDPP 10 2003, 177-214; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/PAREDES CASTAÑÓN, Segundo comentario. Relevancia de la conducta de la víctima para la responsabilidad penal del autor, en: Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón (Coord.), Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor, Univ. León, 2004, 45-85.

⁹ Referencias o pruebas de que se ha impuesto con carácter general la teoría de la imputación objetiva tb. en GA 1999, 212 n. 31 = Temas, 2002, 77 n 31. De manera desconcertante, en el manual más extendido entre los estudiantes alemanes de WESSELS/BEULKE/SATZGER, AT, 52.^a ed. 2022, 82 s., se logra la «proeza» de no mencionar a ROXIN en las referencias sobre la imputación objetiva y, en su lugar, presentar un artículo al respecto de carácter docente o formativo de NESTLER del año 2019 sobre este tema como «fundamental» en n. 48.

¹⁰ AT, 5.^a ed., § 11 nm. 49-53.

¹¹ Revision der Lehre von der objektiven Zurechnung, 2017.

¹² ZStW 132 (2020), 453 ss.

¹³ Para lo cual es secundario que ROXIN hable de la «imputación al tipo objetivo», v. AT, 1.^a ed., pp. 215 ss. y también aún ROXIN/GRECO, 5.^a ed., pp. 442 ss., mientras que por razones de lógica de la subsunición debería hablarse de la «imputación del resultado a la acción del sujeto», v. SCHÜNEMANN, GA 1999, 218 = Temas, 2002, 84.

¹⁴ V. ya SCHÜNEMANN, JA 1975, 651 ss.; StV 1985, 229 ss.; GA 1985, 341, 356 s.; GA 1999, 226 s. =Temas, 2002, 94

II. LA IMPUTACIÓN EN LA AUTOPUESTA EN PELIGRO Y LA HETEROPUESTA EN PELIGRO CONSENTIDA

1. En cambio, se han producido sustancialmente nuevos desarrollos o evoluciones en el capítulo «victimodogmático» de la imputación, en el que se trata de la influencia del comportamiento de la víctima en la imputación. Aquí encontramos una serie de nuevas sentencias del *Bundesgerichtshof* [Tribunal Supremo Federal, BGH], y en este ámbito ROXIN también ha introducido recientemente importantes correcciones en su línea dogmática, que ya había fundado en 1973 con su contribución en el Libro Homenaje a Gallas (*Festschrift für Gallas*)¹⁵. Dado que mis contribuciones anteriores sobre la imputación objetiva no solo se cruzan en esto con la victimodogmática que fundé junto con AMELUNG hace casi medio siglo¹⁶, sino también (debido a la frecuente transformación en el material de casos de un hacer activo creador de peligro en la omisión de acciones de salvamento) con la dogmática de los delitos de omisión impropios que traté casi al principio de mis afanes científicos¹⁷, me gustaría aportar algunos comentarios sobre este desarrollo o evolución desde mi perspectiva actual.

¹⁵ Pp. 241 ss.

¹⁶ AMELUNG, GA 1977, 6 ss.; mi conferencia en la Jornada de Profesores de Derecho Penal en Gießen (*Gießener Strafrechtslehrertagung*) de 1977, publicada en ZStW 90 (1978), 54 ss. La victimodogmática como independiente figura dogmática de una interpretación restrictiva del tipo vale en principio para todos los elementos del tipo en los que la conducta de la víctima influye en la imputación. A las críticas de HILLENKAMP, *Vorsatztat und Opferverhalten*, 1981, 177 ss., y de ROXIN, *Strafrecht AT I*, 1.ª ed., § 11 nm. 14 ss. (igualmente ROXIN/GRECO, 5.ª ed.) he replicado en NStZ 1986, 193 ss., así como en: Schünemann (ed.), *Strafrechtssystem und Betrug*, 2002, pp. 51, 64 ss., y en FS-Beulke, 2015, pp. 543 ss. HILLENKAMP ha duplicado finalmente en ZStW 129 (2017), 596 ss. El argumento crítico, elaborado en detalle sobre todo por él, de que la victimodogmática conduciría a que la desconfianza y el escepticismo se convirtieran en los fundamentos legales de la convivencia social, razón por la cual ni la libertad de los ciudadanos podría desplegarse plenamente ni la eficiencia económica podría desarrollarse, es, con esta generalidad, un argumento circular, porque la distribución o reparto entre la protección del Derecho penal y la consideración (o protección) responsable de los propios intereses no puede juzgarse en abstracto, sino siempre solo sobre la base de la constelación concreta. En la medida en que a menudo se argumenta contra la victimodogmática con ejemplos de delitos violentos, ello resulta erróneo desde el principio, pues la prohibición de la violencia tampoco es afectada por la victimodogmática. Además, la victimodogmática como máxima de interpretación del tipo enlaza expresamente con las decisiones adoptadas por el propio legislador: por ejemplo, el tipo de estafa exige un error y no permite que baste una mera duda, porque el dominio del estafador sobre la víctima solo se da si el engañado confía finalmente en la veracidad del hecho que se le plantea y se disipan sus dudas, pero no si realiza conscientemente un negocio especulativo. De manera análoga, en el caso de los delitos contra los secretos privados, es –al contrario de lo que afirman los críticos– precisamente la victimodogmática la que garantiza una sociedad libre en la que no todos los secretos están protegidos jurídico-penalmente, sino solo cuando se den las condiciones especificadas con más detalle en la ley. Por lo tanto, el legislador ha realizado intuitivamente ideas victimodogmáticas incluso en sus tipos, lo que se pone de manifiesto a través de la correspondiente interpretación.

¹⁷ SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, en traducción española de CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, 2009, estaba agotado en alemán, pero

2. a) El hecho de que una lesión de un bien jurídico que la víctima se ha infligido a sí misma por principio no sea típica se deriva del cometido la tarea del Derecho penal de proteger al titular de un bien jurídico individual frente a otros; la protección frente a («de») uno mismo ya no está incluida conceptualmente y sería absurda. Por eso, la jurisprudencia alemana ha sostenido también firmemente desde la sentencia fundamental BGHSt 32, 262¹⁸ de 14-02-1984 que la causación de una **autopuesta en peligro** libremente responsable de otro no cumple o realiza el tipo de un delito imprudente de resultado, es decir, no fundamenta una imputación del resultado¹⁹. Como argumento principal se usa el *argumentum a fortiori* de la impunidad de la complicidad (dolosa) en el suicidio (doloso), que es, sin embargo, frágil debido a su premisa positivista (en muchos países, por la tradición católica, al menos la inducción al suicidio es punible) y, por lo tanto, más débil que su derivación de la finalidad del Derecho penal.

b) La libre responsabilidad [propia] también se afirma en el caso de drogodependientes hasta el límite de una psicosis aguda por abstinencia²⁰, pero se rebasa (con la consecuencia de una autoría mediata del proveedor de la droga por utilización de un instrumento ciego para autolesionarse) si el consumidor posee un conocimiento considerablemente inferior del riesgo. BGHSt 53, 288, resolvió acertadamente un caso así, en el que el proveedor engañó de manera concluyente al consumidor sobre la peligrosidad de la droga, por lo que, debido a la ausencia de dolo de matar, solo concurría un homicidio imprudente²¹.

3. Siguen siendo controvertidos los (numerosos) casos en los que el consumidor pierde el dominio del hecho, pero su muerte inminente aún podría evitarse con la intervención del proveedor. ¿Concorre aquí una posición de garante con la consecuencia de un delito de resultado por omisión, o la exclusión de la imputación opera también para la omisión subsiguiente?

a) Como cuestión preliminar debe decidirse la distinción entre hacer y omitir. Según la opinión defendida anteriormente por el *Bundesgerichtshof*²²,

ahora vuelve a estar disponible en: Schünemann, Täterschaft als Herrschaft über den Grund des Erfolges, Gesammelte Werke vol. 2, 2020, 1-443. Me ocupé por última vez de la crítica en FS-Amelung, 2009, 303 ss., y en GA 2016, 301 ss.

¹⁸ Distinta aún BGH NStZ 1981, 350, pero véase la exitosa crítica de SCHÜNEMANN, NStZ 1981, 60 ss.

¹⁹ Referencias en ROXIN/GRECO (n. 13), p. 506, nm. 335.

²⁰ No obstante, este límite se discute últimamente, v. ROXIN/GRECO (nota 13), § 11 nm. 112a s.

²¹ Ulteriores referencias sobre el material de casos a menudo complejo en ROXIN/GRECO (n. 13), § 11 nm. 113a.

²² BGHSt 6, 59.

que se sigue manteniendo hoy en día en algunos tratados²³, ello debería depender del «tema o punto central de la reprochabilidad». Pero se trata de un argumento circular francamente «clásico» y, por tanto, de una conclusión falsa, pues, antes de poder decir dónde se encuentra el tema o punto central de la reprochabilidad, ello depende precisamente de la subsunción en las concretas categorías jurídico-penales. Por lo tanto, de modo más correcto, debe procederse analíticamente y examinar respectivamente las acciones y omisiones del sujeto por separado e individualmente en cuanto a su relevancia penal, siendo correcto por razones pragmáticas comenzar por las acciones, ya que para la punibilidad de una acción rigen requisitos menores que para la punibilidad de una omisión²⁴. También la jurisprudencia procede hoy básicamente conforme a esta regla²⁵, pues en las pertinentes sentencias BGHSt 49, 147, 164 y BGHSt 51, 165, 173, no se pregunta de antemano por el tema o punto central de la reprochabilidad, sino que se examina cada elemento individual de la conducta por sí mismo de la mano de las categorías jurídico-penales.

b) Poco tiempo después de que el propio BGH hubiera reconocido la exclusión de la imputación en la autopuesta en peligro autorresponsable (por responsabilidad propia) en el caso de suministro de drogas con peligro para la vida, rechazó esta consecuencia para los delitos de omisión impropia, al afirmar, cuando se produce un peligro agudo para la vida del consumidor que ya no es capaz de actuar, una posición de garante por ingerencia del proveedor y, por tanto, un deber de evitar el resultado²⁶. A pesar de las críticas de la doctrina²⁷, se ha mantenido en esa posición hasta hoy²⁸. El argumento del BGH era originalmente que la víctima solo quería ponerse en peligro a sí misma, pero no suicidarse, razón por la cual el proveedor del estupefaciente debería haberse esforzado por evitar este resultado en el momento en que el consumidor se encontraba en peligro de muerte, cuya no producción había esperado²⁹. Pero esto es ya lógicamente erróneo, pues el peligro sigue siendo el mismo desde el principio, simplemente se agudiza la inminencia del daño (= de la muerte). En la sentencia más reciente, el BGH considera que el argumento «con mayor motivo» (*argumentum a fortiori*) derivado de la impunidad de la participación en el suicidio no sería convincente porque la aceptación de la muerte no estaría

²³ WESSELS/BEULKE/SATZGER (n. 9), p. 402 s. = nm. 1159.

²⁴ Así ya ROXIN/SCHÜNEMANN/HAFFKE, *Strafrechtliche Klausurenlehre*, 4.^a ed., 1982, 135 s.

²⁵ Por ello, la cita que hacen WESSELS/BEULKE/SATZGER (n. 9), p. 403, n. 11, es engañosa.

²⁶ Sentencia de 27-06-1984, BGH NStZ 1984, 452.

²⁷ Referencias en ROXIN/GRECO (n. 13), § 11 nm. 112.

²⁸ BGHSt 61, 21 en un caso en el que la posición de garante se derivó del dominio sobre objetos peligrosos.

²⁹ BGH NStZ 1984, 452 nm. 16.

necesariamente unida a la mera autopuesta en peligro, de modo que la decisión del titular del bien jurídico de poner en peligro su derecho no incluiría a la vez la renuncia a medidas para preservar el bien jurídico que ha entrado en un peligro concreto; quien, conforme a los principios generales, sea garante del bien jurídico tendría entonces el deber de evitar la producción del resultado³⁰. Pero esto también es lógicamente erróneo, en concreto un argumento circular: el BGH presupone precisamente aquello que debería fundamentar, esto es, que una acción no peligrosa en absoluto sin la libre decisión del consumidor (utilizar también la droga que se le ha suministrado) genera una posición de garante de evitar las consecuencias de la autopuesta en peligro.

c) Una fundamentación dogmáticamente sostenible solo podría encontrarse en la posición de garante por comunidad de peligro, que además es mucho más susceptible de ser considerada en el caso de una «borrachera» conjunta entre compañeros de copas y consumidores de drogas de lo que la jurisprudencia acepta hasta ahora³¹. Una construcción así es también mucho más adecuada y elástica para las interacciones concretas que la consideración aislada del único factor causal de la de la entrega del estupefaciente. Pues el transcurso de una juerga o borrachera alcohólica o de una sesión de drogas está mucho más marcado o caracterizado por interacciones mutuas (intercambio de las provisiones, brindar, etc.), cuyos detalles normalmente ya no pueden aclararse y distinguirse con precisión *a posteriori*, de forma similar a lo que ocurre en el alpinismo o en un recorrido de piragüismo en aguas bravas. La comunidad puede ser similarmente estrecha cuando se organiza una «sesión de drogas», sin que haya de acordarse o hablarse expresamente de la eventualidad de ayudarse mutuamente, porque tampoco en el alpinismo se piensa posiblemente de antemano en absoluto en los peligros. En consecuencia, debería afirmarse por ello la existencia de una comunidad de peligro si existió una cita o acuerdo para consumir drogas juntos, en el que también se intercambiaron y probaron drogas, mientras que no es suficiente si simplemente se permanece juntos y cada cual consume para sí sus drogas.

4. La jurisprudencia alemana sigue tratando de manera diferente a la autopuesta en peligro, tanto desde la perspectiva sistemática como de contenido, la **heteropuesta en peligro** (o puesta en peligro de terceros) **consentida**.

³⁰ BGHSt 61, 21 nm. 18.

³¹ No bastarían para ello «agrupaciones ligeras o someras de compañeros de copas o consumidores de estupefacientes», como v. gr. «estar juntos en una ronda nocturna» (BGH StV 2020, 373). Presumiblemente, el BGH tampoco admitiría como suficiente el consumo conjunto en el piso de uno de los implicados, porque en tal caso ha derivado la posición de garante únicamente del dominio sobre una fuente de peligro, pero no desde la perspectiva de la comunidad de peligro (BGHSt 61, 21).

En este caso, el BGH imputa el resultado (primero lesiones corporales, después eventualmente producción de la muerte) al sujeto (al autor) sin más, pero a continuación examina si concurre una justificación por consentimiento. De esta diferente opción dogmática (consentimiento en vez de imputación objetiva) se derivan inevitablemente también consecuencias jurídicas diferentes, ya que la (1) limitación de la imputación objetiva del resultado debido a la autopuesta en peligro responsable, por un lado, y la (2) exclusión de la antijuridicidad por el consentimiento eficaz en la heteropuesta en peligro, por otro, están vinculadas a requisitos diferentes y, en consecuencia, poseen también un alcance diferente. En el punto de partida transcurren aún paralelamente, porque tanto en el caso de la autopuesta en peligro como en el del consentimiento se presupone en la misma medida que quien se pone en peligro a sí mismo o quien consiente en la puesta en peligro es libremente responsable y capta o percibe el riesgo igual de bien que el autor³². Sin embargo, la diferencia surge entonces de dos preceptos especiales del Código Penal alemán que excluyen por completo la eficacia del consentimiento en caso de *delito de homicidio* doloso y, en caso de *lesiones corporales* dolosas, la hacen depender de que el hecho, a pesar del consentimiento, no sea contrario a las buenas costumbres: en la medida en que el § 216 StGB [*Strafgesetzbuch*, Código Penal alemán] castiga el homicidio a petición, se sigue por un *argumentum a fortiori* que el mero consentimiento en el homicidio doloso no excluye o anula la antijuridicidad. La misma consecuencia jurídica dispone el § 228 StGB para las lesiones corporales dolosas si el hecho, pese al consentimiento, es contrario a las buenas costumbres.

b) En este tema, el BGH separa ahora completamente la cuestión de la contrariedad a las costumbres de un hecho conforme al § 228 StGB y, con ello, la falta de eficacia del consentimiento en la lesión de bienes jurídicos individuales, de la eventual punibilidad de la conducta en cuestión por la lesión de un bien jurídico colectivo (concretamente, la punibilidad de la entrega de drogas según la Ley de estupefacientes [*Betäubungsmittelgesetz*, BtMG]). La administración consentida de un estupefaciente ilegal no debería considerarse incompatible con las buenas costumbres según los valores generalmente aceptados en la actualidad (BGHSt 49, 34, 43), y otra cosa solo deberá regir cuando la acción vaya a conducir previsiblemente a un peligro concreto de muerte: tal acción contravendría las buenas costumbres y seguiría siendo por ello antijurídica a pesar del consentimiento³³. Según ello, el sujeto que inyecta la droga a

³² Razón por la cual la diferencia de requisitos reclamada en ROXIN/GRECO (n. 13), § 11 nm. 124, no es aplicable todavía en este estadio.

³³ BGHSt 49, 34, 44; confirmada en el caso de la carrera automovilística BGHSt 53, 55, 63 s.

petición de la víctima que actúa de modo libremente responsable, ya en caso de imprudencia simple en relación con el peligro de muerte y con la muerte causada por la inyección, ha de ser castigado, por un delito grave, con una pena de prisión no inferior a tres años por lesiones corporales con resultado de muerte (causado por imprudencia) conforme al § 227 StGB, mientras que la pena que se materializa al mismo tiempo conforme a la Ley de estupefacientes [BtMG] habría de derivarse del § 29 ap. 1 n.º 6b BtMG y, por ello, prevería solo una multa como pena mínima. Ya simplemente estos marcos penales directamente contradictorios de la Ley de estupefacientes, por un lado, y del Código Penal, por otro, dejan claro que la jurisprudencia del BGH es dogmáticamente errónea. Su rectificación puede tener lugar en dos planos.

aa) La rectificación menor se refiere a la opinión del BGH de que la ineficacia de un consentimiento en la concreta puesta en peligro de la vida incluiría también la fase previa de lesiones corporales, en las que, también según opinión del BGH, en sí la víctima puede consentir eficazmente. Frente a ello, más correctamente, en la determinación del contenido de injusto, debe eliminarse el segmento de las lesiones corporales dolosas en el que ha consentido la víctima, según lo cual solo queda un homicidio imprudente conforme al § 222 StGB, que no es un delito grave (*Verbrechen*), sino un delito menos grave o leve (*Vergehen*)³⁴ y se castiga con pena de prisión de hasta cinco años o multa, con lo que entonces se produce también la sincronía con la Ley de estupefacientes.

Esta construcción dogmática consistente en admitir un consentimiento eficaz en las lesiones corporales, pero no en el homicidio derivado de ellas se apoya en toda una serie de argumentos adicionales. En primer lugar, en efecto, a menudo depende del azar el que, en el caso de consumo conjunto de drogas, las inyecciones sean mutuas o solo individuales, es decir, el que exista una complicidad en la autopuesta en peligro o una heteropuesta en peligro consentida. En segundo lugar, al menos para el Derecho penal alemán, la regulación de la Ley de estupefacientes, que equipara completamente la entrega de estupefacientes y la inyección de estupefacientes, muestra que la solución adoptada por el BGH de diferenciar entre complicidad en la autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida no es en absoluto forzosa desde el punto de vista político-criminal, sino incluso más bien antinatural. En tercer lugar, tanto

³⁴ En realidad, la traducción es aproximada, pues la diferencia no se corresponde con la establecida en los artículos 13 y 33 CP español. Literalmente, el § 12. –*Verbrechen* y *Vergehen*– StGB establece: «(1) *Verbrechen* son hechos antijurídicos que en su límite inferior están conminados con pena de prisión de un año o más. (2) *Vergehen* son hechos antijurídicos que en su límite inferior están conminados con una pena de prisión inferior o con multa. (3) Las agravaciones o atenuaciones que se prevén en la Parte General o para casos especialmente graves o menos graves no se tienen en cuenta para esta clasificación» [N. del T.].

por esta equiparación en la BtMG como por razones de lógica del lenguaje, los mejores argumentos hablan en favor de considerar la regulación en la BtMG una *lex specialis*, según lo cual, en el caso de que la muerte no se deba a temeridad sino a imprudencia, el recurso al § 222 StGB es consecuente. El argumento de los diferentes bienes jurídicos utilizado por el BGH, por el contrario, no se sostiene, porque la salud pública como bien jurídico construido o diseñado en los delitos de estupefacientes no es otra cosa que la suma de la salud de los individuos y, por tanto, no constituye un bien jurídico aparte.

Por lo tanto, es precisa al menos la pequeña rectificación de que el sujeto, en el caso de la heteropuesta en peligro consentida en forma de inyección a otra persona de estupefacientes que conduce a la muerte, no es punible por un delito cualificado por el resultado en el sentido del § 227 StGB, sino solo por homicidio imprudente conforme al § 222 StGB.

bb) Más allá de lo anterior, existen muy buenas razones dogmáticas a favor de una corrección aún mayor, limitando la figura jurídica de la heteropuesta en peligro consentida al caso del dominio del hecho *exclusivo* o único del autor, mientras que en el caso de un dominio del hecho *completamente compartido* entre autor y víctima deben aplicarse los principios de la complicidad en la autopuesta en peligro y, con ello, los de la imputación objetiva³⁵.

El punto de partida de la reflexión debe ser la tarea o función de protección de bienes jurídicos del Derecho penal, que constituye el principio básico central para la impunidad de la complicidad en una autolesión o autopuesta en peligro autorresponsable (por responsabilidad propia). Pues es inútil y carece de sentido proteger a la víctima con los medios del Derecho penal contra sus propias decisiones libres. En consecuencia, sin embargo, lo mismo debe regir también si la víctima domina el curso causal que conduce a la lesión o la muerte totalmente del mismo modo que el autor. Este requisito no se cumple en todos, pero sí en algunos casos de heteropuesta en peligro consentida, como lo demuestra una comparación de la inyección de droga con el caso, resuelto por el BGH, de la muerte del pasajero acompañante en una carrera automovilística extremadamente peligrosa aceptada por este (BGHSt 53, 55 ss.). En el caso de las carreras de coches, una vez que el coche ha alcanzado una velocidad elevada y ya no puede bajarse, el pasajero acompañante queda completamente a merced del comportamiento al volante del autor; el conductor posee el dominio exclusivo o único del hecho, que la víctima ha perdido por completo. Distinto sucede con la inyección de un estupefaciente, que la víctima puede dete-

³⁵ Mientras que BGHSt 49, 34, 39 pretende aplicar las reglas de la heteropuesta en peligro consentida en ambos casos y, por ello, afirmar la imputación objetiva del resultado.

ner en cualquier momento. También aquí puede servir de nuevo de grupo de comparación el delito doloso de lesión, es decir, la delimitación entre complicidad en el suicidio y el homicidio a petición. A este respecto, se ha reconocido desde hace tiempo y con razón que la delimitación debe realizarse según los principios del dominio del hecho, que, según la acertada doctrina dominante, es decisivo con carácter general para la delimitación de la autoría del § 25 StGB y la complicidad del § 27 del StGB³⁶ y al que igualmente recurre la jurisprudencia desde el denominado caso Gisela (BGHSt 19, 135) para la delimitación entre el homicidio a petición y la complicidad en el suicidio y también en la delimitación de la autoría mediata y la complicidad.

Al respecto, no obstante, se discute la constelación en que se habría dado una coautoría según las reglas generales del dominio del hecho, es decir, cuando la acción de matar se realiza en división del trabajo entre autor y víctima. Dado que la parte de autoría de la víctima en el delito, como autolesión imputable, no constituye una conducta delictiva y, por ello, a diferencia de lo que ocurre en el caso de una coautoría normal, no puede imputarse al otro, pero una «media coautoría» no basta tampoco como autoría, la solución correcta debe ser que los casos de cuasi-coautoría se equiparen a la mera complicidad. Sin embargo, en el citado caso Gisela, el *Bundesgerichtshof* [Tribunal Supremo Federal] atendió –de forma un tanto restrictiva– a si la víctima mantuvo en sus manos o controló totalmente el suceso hasta el final o si la acción de matar continuaba cuando la víctima ya había perdido el codominio sobre el suceso. Por el contrario, en la más reciente sentencia BGHSt 67, 95, el BGH ya no quiere atender a este último acto, sino al «proceso de muerte» más amplio. Pero esta distinción es básicamente idéntica a la cuestión de si la víctima, tras la última acción del autor, tuvo aún la posibilidad de detener el suceso lesivo. Si no tiene esta posibilidad, entonces el autor tiene por tanto el dominio exclusivo o único del hecho al final del suceso, por lo que el resultado debe imputársele como obra propia³⁷.

³⁶ V. solo SCHÜNEMANN/GRECO en *Leipziger Kommentar*, 13.^a ed., § 25 nm. 9 ss.

³⁷ BGHSt 67, 95 y el comentario al respecto escrito por HOVEN/KUDLICH en *NStZ* 2022, 667, ofrecen un buen ejemplo de la importancia del sistema de Derecho penal y del «desaseo o falta de limpieza» de la argumentación en cuanto se trabaja fuera del sistema o mezclando las categorías del sistema. La imputación objetiva responde a la pregunta de si el efecto preventivo-general del Derecho penal es en absoluto un instrumento adecuado para evitar un determinado resultado. Si este resultado es un resultado que ha de ser jurídicamente desaprobado lo decide en gran medida el legislador al configurar el tipo jurídico-penal, pero en muchos otros casos se deduce del plano de la justificación por la intervención o concurrencia de una causa de justificación. En el caso de los delitos de lesiones, la causa de justificación del consentimiento conduce a que el autor no actúe antijurídicamente, aunque el resultado haya de imputársele como algún resultado del que deba responder según los principios de la imputación objetiva. En el caso de los delitos de homicidio, hasta ahora se reconocía que no hay consentimiento justificante. Desde el punto de

cc) Esta regla también parece acertada en el ámbito de los delitos imprudentes. El resultado ha de imputarse a quien pone la causa última del resultado. En el caso de la carrera automovilística salvaje (BGHSt 53, 55), la muerte del pasajero acompañante se imputa, por tanto, al conductor en todo caso, porque su comportamiento al volante fue la causa última de la muerte. La colaboración de la víctima no puede excluir entonces la imputación del resultado, sino solo conducir a la justificación por consentimiento. En consecuencia, unas lesiones corporales causadas por el accidente podrían justificarse, pero no un homicidio, de modo que el BGH resolvió el caso correctamente en su resultado o conclusión.

Sin embargo, esto solo rige si las acciones que fundamentan la imputación son antijurídicas en sí mismas, mientras que no tendrá lugar imputación alguna si alguien se expone voluntariamente a un evento peligroso en el curso del cual el propio organizador adopta todas las medidas que deben limitar el riesgo en la medida de lo posible (lo que no sucedía en el caso BGHSt 53, 55). El caso ilustrativo lo constituye aquí el denominado caso Memel, que tiene lugar en el río Memel, en la frontera oriental del antiguo Imperio Alemán. Un viajero con prisas indujo al barquero a emprender, en mitad de una tormenta y una crecida, la extremadamente peligrosa travesía del río, durante la cual el transbordador volcó y el viajero se ahogó³⁸. En este supuesto, algunos autores pretenden hacer depender la imputación del resultado de si el viaje se emprendió por obligaciones o compromisos urgentes en la otra orilla o meramente por descuido o temeridad (negligencia o ligereza)³⁹. Pero este es un planteamiento erróneo. La entrada o ingreso en la puesta en peligro se ha de imputar única-

vista de la filosofía jurídica, esta posición procedía de la tradición cristiana, según la cual el individuo no tiene derecho a disponer de la vida que Dios le ha regalado –razón por la cual el suicidio siempre se cuenta como una actitud o conducta altamente inmoral en los países de tradición cristiana y en muchos países se castigó tanto el suicidio frustrado o fallido como la participación en el suicidio. Para el Código Penal liberal del Imperio Alemán, la ineficacia del consentimiento en un homicidio se derivaba mediante un *argumentum a fortiori* de la punibilidad del homicidio a petición (§ 216 StGB), un tipo que aún hoy permanece inalterado en el Código Penal. Después de que el Tribunal Constitucional Federal [*Bundesverfassungsgericht*] derivara inmediatamente de la Ley Fundamental [*Grundgesetz*, Constitución de la República Federal de Alemania] un derecho del individuo a suicidarse (y diera con ello la vuelta a siglos de tradición cristiana) (BVerfGE 153, 182), hay toda una cantidad de propuestas de interpretación restrictiva o incluso de reducción del § 216 StGB conforme a la Constitución. Sin embargo, los argumentos esgrimidos para ello no se refieren a la imputación del resultado, sino al poder o facultad de disposición del titular del bien jurídico. Para argumentar correctamente, estos dos niveles deben separarse y distinguirse analíticamente. Lo contrario tiene lugar en el comentario citado, cuando se dan por buenas reiteradamente las consideraciones del *Bundesgerichtshof* sobre la imputación con el argumento de que se corresponderían con las razones para una necesaria restricción del § 216 StGB derivadas del poder o facultad de disposición del titular del bien jurídico.

³⁸ RGSt 57, 172 absolvió con razón del cargo de homicidio imprudente.

³⁹ Así DÖLLING, GA 1984, 71 ss., 93; FS-Geppert, 2011, 60 s.

mente a la víctima, y, si el autor observa todas las reglas de cuidado aún posibles durante la empresa peligrosa, el resultado no puede imputársele en absoluto.

5. a) Por último, me gustaría echar un vistazo al grupo del **deber** (moral o jurídico) **de ponerse en peligro a uno mismo**, o sea, a los llamados accidentes del salvador, en los que la discusión se desarrolla claramente en la dirección de una imputación extensiva. Como ejemplo puede servir la posición de ROXIN, que durante 40 años defendió la opinión de que los accidentes de los salvadores no serían imputables cuando estos hubieran actuado en cumplimiento de un deber de salvamento, mientras que ahora, coincidiendo con la opinión dominante, afirma la imputación del accidente del salvador en todo caso cuando existen deberes legales de salvamento; en ausencia de un deber así, es decir, en el caso de un salvador que actúa más allá de lo obligatorio, una imputación solo podría entrar a considerarse si existió una presión emocional extremadamente fuerte para ponerse a sí mismo en peligro, v. gr. para salvar a un pariente cercano⁴⁰. Según la jurisprudencia, deben imputarse todos los accidentes del rescatador, mientras que otra opinión en la literatura científica pretende excluir de la imputación objetiva (solo) una actuación salvadora completamente insensata y sin relación adecuada o proporcional alguna al peligro (cuestión que el BGH deja abierta)⁴¹.

b) Para encontrar una solución en sí consecuente en esta confusa situación, hay que volver a la idea básica de la imputación objetiva: se han de imputar a las acciones causales para ellas aquellas lesiones de bienes jurídicos, para cuya evitación la prohibición de la acción es un medio idóneo. Por ello, al incendio de una casa o, en general, al desencadenamiento de un foco de peligro han de imputarse en primer lugar todos los resultados que están habitualmente [en este sentido, típicamente] asociados a él, es decir, si, v. gr., el que los habitantes de la casa a la que se ha pegado fuego mueran quemados o asfixiados porque se encontraban en la zona de influencia de la fuente de peligro cuando esta fue creada por el autor. Lo mismo rige para las personas que son sorprendidas por la fuente de peligro. Quien, en cambio, ha reconocido la fuente de peligro tiene básicamente dos posibilidades: o bien puede eludir el peligro por completo o bien puede tomar las medidas de precaución correspondientes para desactivarlo o paliarlo. La segunda alternativa es especialmente importante si existe un deber de salvamento, porque ni siquiera para el personal o los equipos de salvamento profesionales existe un deber de

⁴⁰ V. ROXIN/GRECO (n. 13), § 11 nm. 115 ss., 137 ss., 139 – donde la inseguridad en la derivación lógica de la conclusión se pone de manifiesto por esta discusión de un mismo problema en distintos lugares.

⁴¹ BGHSt 39, 322 con ulteriores referencias.

poner en juego su propia vida y porque estas personas están formadas y tienen experiencia en la adopción de las medidas de seguridad necesarias. Por eso, el criterio de delimitación del deber de salvamento no resulta convincente por sí solo si se examina con más detenimiento. Por el contrario, resulta consistente en sí misma la concepción del *Bundesgerichtshof* de que es suficiente para la imputación que el autor cree, «mediante su acción delictiva, un motivo nítido para [la adopción de] medidas de salvamento peligrosas», es decir, «la posibilidad lógica o clara de una autopuesta en peligro consciente» (BGHSt 39, 322). Por otro lado, sin embargo, el «test o prueba del dolo» habla en contra de tal ampliación de la imputación objetiva: supongamos que el autor crea la fuente de peligro en la esperanza de que la víctima posterior decida intentar el salvamento y vaya a actuar tan descuidadamente que acabe muriendo. En este caso, el dominio del hecho sobre la autopuesta en peligro que conduce a la muerte requerido en el delito doloso solo podría afirmarse si el motivo del rescate poseyera una fuerza adecuada para excluir la culpabilidad, es decir, según el Derecho alemán, v. gr., en el caso del intento de salvar a un familiar análogamente al § 35 StGB. Si bien el autor imprudente no tiene que poseer en principio el dominio del hecho hasta el final, si el dominio exclusivo o único del hecho concurre en la víctima, la prohibición penal de la acción primera o primaria solo es adecuada indirectamente para evitar la lesión del bien jurídico.

En contra de una imputación extensiva habla además la regulación legal de los casos especiales de incendio en Alemania: el legislador había hecho depender anteriormente de forma expresa la cualificación por el resultado del § 307 n.º 1 StGB de que la víctima se encontrara en el inmueble o local incendiado en el momento del hecho. En la nueva versión del § 306 c StGB, ya no se encuentra esta restricción, pero sí la exigencia de temeridad en relación con la muerte, que difícilmente se dará en el caso de accidente del salvador, porque su muerte depende en gran medida del comportamiento del salvador, que el autor no puede prever.

c) Por tanto, sigue habiendo buenas razones que hablan en favor de la opinión restrictiva, por la que me pronuncié asimismo en el pasado⁴². No obstante, debo admitir que se trata de una opinión absolutamente minoritaria desde que ROXIN cambió de opinión.

⁴² Ya en JA 1975, 721 s.; GA 1999, 207, 222 s. con ulteriores argumentos.

III. PREDICCIÓN

El medio siglo de la teoría de la imputación objetiva es también medio siglo del singular o sin par diálogo entre la ciencia jurídico-penal alemana y la española, que sería inconcebible sin las significativas aportaciones del hoy homenajeado Javier DE VICENTE REMESAL. Con la regresión de influentes protagonistas de tiempos muy recientes al modesto papel secular de la dogmática jurídico-penal como «doncella o sirvienta del poder estatal» y la pérdida de la lengua alemana como *lingua franca* de la dogmática jurídico-penal iniciada en Friburgo de Brisgovia [*Freiburg i. Br.*], la esencia de este diálogo, que he denominado «*mos analytico-philosophicus civitatis iuris*»⁴³, posiblemente desaparecerá en Alemania, pero en España existe aún esperanza mientras la escuela de Diego-Manuel LUZÓN-PEÑA mantenga el cetro en alto.

⁴³ Cfr. SCHÜNEMANN, en: Hilgendorf/Schulze-Fielitz (eds.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 2015, 236; ZIS 2016, 665 ss. = *El Derecho Penal en el Estado democrático de Derecho...*, trad. Roso/PÉREZ-SAUQUILLO, Madrid/Buenos Aires-Montevideo, 2019, 79 ss.

CAPÍTULO XXXVII

LA PUNIBILIDAD Y LA TEORÍA DE LAS NORMAS

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho penal. Universidad Pompeu Fabra, Barcelona¹

I. INTRODUCCIÓN

Pronto cumplirá cuatro décadas la obra fundamental de nuestro homenajeado en materia de comportamiento postdelictivo². Entre tanto, ciertamente, han ocurrido bastantes cosas en la teoría del delito. En lo que aquí interesa, tras un período de cierto desinterés, cabe advertir un reciente e impetuoso empeño de la doctrina por someter la categoría de la punibilidad –suponiendo que se acepte que lo es– a una discusión sobre su fundamento material así como a un esfuerzo clasificatorio de los elementos que suelen integrarse en ella³. En lo que sigue, se trata de integrar

¹ Dr. h. c. mult.

² DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento postdelictivo*, 1985. Siguiendo su estela vinieron en los últimos quince años las obras de GARRO CARRERA/ASÚA BATARRITA, *Atenuantes de reparación y confesión. Equívocos de la orientación utilitaria*, 2008; GARRO CARRERA, *Comportamiento postdelictivo positivo y delincuencia asociativa*, *InDret* 1/2013, 1; LANDERA LURI, *Excusas absolutorias basadas en conductas positivas postconsumativas*, 2018.

³ En los últimos diez años, COSTA PINTO, *A categoria da punibilidade na teoria do crime*, 2013; BITTAR, *A punibilidade no direito penal*, 2015; BUSTOS RUBIO, *Más allá del injusto culpable: los presupuestos de la punibilidad*, *EPC XXXV* (2015), 189 ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, *La categoría de la punibilidad en el Derecho penal español*, *LH Mir Puig*, 2017, 527 ss.; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *Sobre punibilidad, terrorismo, víctimas y pena*, 2017; COCCO, *La punibilità. Quarto elemento del reato*, 2018; GARCÍA PÉREZ, *Sobre el estado actual del debate*, *EPC XXXIX* (2019), 709 ss.; EL MISMO, *Bases para lograr el consenso en torno a la punibilidad*, *LH Luzón Peña*, I, 2020, 665 ss.; ROBLES PLANAS, *Merecimiento, necesidad de pena y punibilidad*, *LH Corcoy Bidasolo*, I, 2022, 857 ss.

ese renovado interés con otro: el que cabe apreciar en relación con la teoría de las normas⁴. La finalidad es proporcionar un cierto orden, no sólo formal, sino también material, a la discusión. Ello se lleva a cabo con el respeto intelectual y el gran afecto personal que siento hacia Javier de Vicente, a quien quiero desear todo lo mejor para la nueva etapa que ahora emprende *ad multos annos*.

II. LA PUNIBILIDAD Y SU UBICACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA NORMA PENAL DE SANCIÓN

1. Consideraciones generales

Las consideraciones de punibilidad tienen lugar en el ámbito sistemático regido por las normas penales de sanción, al margen tanto de las normas de conducta como de la infracción culpable de éstas. En efecto, el supuesto de hecho de las normas de sanción, que tienen como finalidad conducir la reacción contra la infracción culpable de la norma de conducta, comprende desde luego tal infracción culpable, así como las condiciones de «lesividad *penal*» del hecho y la «culpabilidad *penal*» de su autor. Pues bien, en realidad, es perfectamente razonable sostener que estos últimos elementos, que algunas sistemáticas ubican respectivamente en la tipicidad y en la culpabilidad, ya forman parte de la punibilidad del hecho. Con todo, más allá de esto la punibilidad integra elementos adicionales que determinan la improcedencia del castigo o su atenuación.

La clasificación de tales elementos ha preocupado a la doctrina, que ha adoptado al respecto diversos criterios formales-analíticos⁵ o materiales-teleológicos. Lo cierto es que los fenómenos relevantes a los efectos de la punibilidad de la conducta pueden traer causa de fuentes distintas⁶. Así, de conductas del propio agente –por ejemplo, la confesión, la reparación o la colaboración procesal–, de conductas de terceros –el perdón o la venganza–, de los poderes del Estado –una legislación favorable retroactiva, el indulto, la amnistía, los cambios jurisprudenden-

⁴ SCHNEIDER/WAGNER (Hrsg.), *Normentheorie und Strafrecht*, 2018; DE LA FUENTE HULAUD, ¿Qué prohíben las normas de comportamiento?, 2019; FREUND/ROSTALSKI, *Warum Normentheorie?*, GA 2020, 617 ss.; ROBLES PLANAS, *Teoría de las normas y sistema del delito*, 2021; ALPACA PÉREZ, *Teoría de las normas e injusto penal*, 2022; KINDHÄUSER, *Normas y directivas*, LH Corcoy Bidasolo, 2022, I, 657 ss. AICHELE/RENZIKOWSKI/ROSTALSKI (Hrsg.), *Normentheorie*, 2022; GRECO, *La dogmática del hecho punible con base en la teoría de las normas: ¿desde arriba o desde abajo?*, RECPC 2023, 1 ss.

⁵ SÁNCHEZ-OSTIZ, *Punibilidad y teoría del delito*, en: el mismo, *A vueltas con la Parte Especial*, 2020, 123 ss., 141 ss.; le sigue ampliamente SIMÓN CASTELLANO, *La inmunidad penal como recompensa a los denunciantes*, RECPC 2022, 1 ss.

⁶ SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, 2018, 122 ss.

ciales–, o de sus agentes –vulneraciones de derechos previas al proceso o a lo largo de este– o de circunstancias no atribuibles a ninguno de los anteriores – como el transcurso del tiempo–. En todos ellos incide, además, un aspecto diacrónico. En efecto, los factores relevantes para la exclusión o la atenuación de la punibilidad pueden ser previos al proceso, acontecer durante este, e incluso ya en ejecución de la pena. A su vez, los que tienen lugar de modo previo al proceso pueden ser incluso previos al hecho del sujeto –por ejemplo, su vida anterior–, o bien posteriores a este, en poco –por ejemplo, el sufrimiento de una pena natural– o en mucho. Esto último sucede con la resocialización sobrevenida o con el transcurso del tiempo, que se halla en la base de la prescripción del delito. Algunas de estas pueden tener lugar tanto antes del proceso, como también durante este, con efectos en parte distintos. Así, por ejemplo, la reparación, la confesión, la muerte del sujeto activo, el perdón del sujeto pasivo o, en delitos tributarios, la regularización. Otros son exclusivamente procesales –como la colaboración procesal o las dilaciones indebidas–. Un último grupo, en cambio, son post-procesales, como la prescripción de la pena, el indulto u otros beneficios penitenciarios o, en fin, la prescripción de la pena. En fin, un criterio decisivo para la clasificación de los elementos de la punibilidad es el de si inciden (i) en el juicio jurídico-penal sobre el hecho cometido –en la punibilidad en sentido estricto–; o bien si lo hacen en dos juicios adicionales que es preciso realizar: (ii) sobre el agente del hecho y (iii) sobre el ejercicio del poder punitivo del Estado sobre aquél, en tanto que sujeto del proceso –punibilidad en sentido amplio–.

2. La punibilidad como escenario de la colisión de la norma penal de sanción con otras normas

La doctrina tradicional suele reconducir todos estos criterios a razones de necesidad de pena *stricto sensu*⁷. Así, al principio de subsidiariedad del Derecho penal en tanto que *ultima ratio*⁸; o a diversos juicios de utilidad⁹; o a la proporcionalidad de la pena, en sentido amplio. A mi entender, su fundamento es más amplio. En efecto, la imposición y la ejecución de la pena requieren un doble título de legitimación. Por un lado, un título de justicia conmutativa –el merecimiento a efectos de retribución, que viene proporcionado por el injusto culpable–; por otro, un título de razonabilidad distributiva. Sin embargo, no cabe afirmar que todo lo

⁷ MIR PUIG, Derecho penal. PG, 10.^a, 2016, 6/67.

⁸ GARCÍA PÉREZ, La punibilidad en el Derecho penal, 1997, 380 ss.; COCCO (2017), 101 ss.

⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, LH Mir Puig, 2017, 527 ss.; NÚÑEZ FERNÁNDEZ (2017), 267 ss.

que no responde a criterios de justicia conmutativa en Derecho penal debe reconducirse al criterio distributivo de la utilidad¹⁰. Por el contrario, a mi entender el criterio adicional de racionalidad distributiva puede responder a tres clases de razones: de equidad, de eficiencia o de oportunidad. De hecho, vistas así, las eximentes y atenuantes relativas a la punibilidad dan cuenta de que, en el ámbito sistemático de la norma de sanción deben identificarse otras entidades que, eventualmente, llegan a bloquear la aplicación de aquella. Estas son, precisamente, (i) «normas de trato equitativo», entre las que se cuentan unas «normas de compensación»; (ii) «normas premiales»; y, en fin (iii), «normas de conveniencia» u oportunidad.

Las normas de trato equitativo se dirigen a los órganos judiciales con ocasión de la aparición de diversos escenarios. Por un lado, ante la necesidad de afrontar la situación de quienes ciertamente han cometido un injusto culpable. Sin embargo, lo han hecho en condiciones de grave dificultad –cognitiva o volitiva– de regirse por las razones de la norma. Por otro lado, ante la situación de quien, una vez cometido el injusto culpable, lleva a cabo una conducta supererogatoria todavía capaz de modificar el sentido comunicativo del injusto cometido. En tercer lugar, por la promulgación de leyes con efecto retroactivo favorable. Ahora bien, al margen de estos casos, entre las normas de trato equitativo se cuenta una importante subclase: las «normas de compensación»¹¹, que tienen por objeto compensar daños de diversa naturaleza sufridos por el delincuente en el contexto del delito que cometió.

Por su parte, las normas premiales dan cuenta de la interferencia del sistema del Derecho penal con un sistema distinto de normas de conducta y normas de sanción –a saber, el sistema de premios–. En efecto, las normas premiales de conducta se dirigen a las personas que ya han cometido un injusto culpable y contienen incentivos –normalmente, en forma de rebajas o incluso exenciones de pena– para la realización de determinadas conductas. A su vez, las normas de asignación de premios se dirigen a los órganos judiciales imponiéndoles la concesión de tales consecuencias premiales en las circunstancias que se establecen.

En fin, las normas de conveniencia son el resultado de una colisión entre la razón punitiva y otras razones político-jurídicas en sentido amplio. Estas últimas tienen que ver con el cumplimiento de otros fines del Estado, que trascienden al punitivo. Por ejemplo, la salvaguarda de ciertas instituciones, la lógica de las relaciones internacionales o criterios de gestión presupuestaria de la administración de justicia. En lo que sigue, se procede a precisar el esbozo trazado con la brevedad requerida.

¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, 2018, 183 ss.

¹¹ SCHROTH, *Das Kompensationsprinzip als Begrenzung des staatlichen Strafanspruchs*, en: Jung/Müller-Dietz/Neumann (Hrsg.), *Recht und Moral*, 1991, 335 ss.

III. LAS NORMAS DE TRATO EQUITATIVO

1. La norma de trato equitativo asociada a la dificultad de regirse por las normas de conducta

Como se ha indicado, una variante de las normas de equidad se dirige al juez a propósito de ciertas situaciones de grave dificultad del sujeto activo para autodeterminarse conforme a las normas del Derecho. Como consecuencia de estas normas, en ciertos casos se aprecia la inimputabilidad a pesar de que la persona era capaz de adecuar su conducta a la norma, atendiendo a que esto era muy difícil. Igualmente, en ciertos casos de error de prohibición se aprecia un error invencible, a pesar de que en puridad el sujeto podía conocer la antijuridicidad de su conducta, porque ello le resultaba extremadamente difícil. En fin, en el contexto de las denominadas «causas de exculpación», el sujeto es culpable. Lo que ocurre es que le era muy difícil no regirse por la opción opuesta al cumplimiento de la norma jurídica de conducta (esto sucede en casos de miedo insuperable, de tener que testificar en contra de parientes, de encubrimiento de estos, o de autoencubrimiento). Por lo tanto, en todos estos casos, no puede afirmarse que se excluya la culpabilidad, sino que lo excluido es la punibilidad. Ahora bien, puede aceptarse que se hable de «exculpación» o de «exclusión de la culpabilidad *penal*» para subrayar que las razones de exclusión de la punibilidad son coetáneas al hecho culpable del sujeto y tienen que ver con la relación de este último con la norma de conducta. En concreto, tales razones son de una justicia entendida como equidad, a la que tampoco le resultan ajenas consideraciones de cierta indulgencia, comprensión o compasión. Esta es la que inspira una primera variante de normas de equidad que bloquean la norma de sanción penal.

2. La norma de trato equitativo por el comportamiento posterior supererogatorio del sujeto

Al margen de la infracción de la norma de conducta y de su contexto, en ciertos casos el sujeto activo del injusto culpable lleva a cabo una conducta posterior que, sin embargo, todavía es capaz de modificar el sentido de lo que ha hecho. Tal capacidad de modificar *a posteriori* el sentido del hecho es la que caracteriza a ciertas modalidades –no todas– de desistimiento voluntario de la tentativa. Pues bien, ello da lugar a que se le dirija al juez una norma de trato equitativo, que bloquea la aplicación de la norma de sanción penal. En ocasiones, la norma de

trato equitativo no bloquea dicha norma, pero sí da lugar a la imposición de una pena más leve por la misma razón simbólico-comunicativa. Ello es lo que sucede en ciertas variantes –tampoco todas– de las conductas de reparación y confesión.

3. La norma de trato equitativo suscitada por la promulgación de una ley retroactiva favorable

Una tercera clase de norma de trato equitativo es la que se activa cada vez que se promulga una ley favorable al reo. En efecto, una ley así –como toda ley– permite advertir tras ella una norma de conducta que opera prospectivamente con amenaza de pena. Sin embargo, las leyes favorables también tienen efectos retrospectivos. Estos efectos –retroactivos– no permiten negar el injusto culpable cometido en su día por el sujeto, sino que sólo bloquean el funcionamiento de la norma penal de sanción. Por lo tanto, la ley que deroga un delito o crea una eximente tiene un efecto prospectivo favorable, puesto que reduce el alcance de la norma de conducta reforzada con amenaza de pena. Sin embargo, su efecto retrospectivo favorable consiste únicamente en excluir de modo sobrevenido la punibilidad del hecho, desactivando la norma de sanción. Ciertamente, en la práctica, la mencionada exención de punibilidad opera como una excepción procesal, de modo que el procedimiento ni siquiera se incoa o no prosigue. Por lo demás, la eficacia de la ley retroactiva no se produce sólo cuando el supuesto de hecho cometido antes del cambio legal se halla todavía pendiente de juicio o de recurso. Además, también sucede en ejecución de sentencias firmes. Por tanto, tal norma de trato equitativo –precisada en los términos de las disposiciones transitorias de la ley que introduce la reforma, si es que estas existen– es la que impone a los órganos judiciales la revisión de condenas firmes. Como se advierte, las «normas transitorias» que rigen esta revisión tratan de hallar un equilibrio entre la norma de trato equitativo derivada de la ley favorable y la norma que establece la intangibilidad de las sentencias firmes. Por lo demás, ello vale no sólo para las leyes favorables con efectos de exención de pena, sino también para aquellas que comportan su atenuación.

4. Las «normas de compensación» –como subespecie de normas de equidad–

Las normas de compensación se generan a partir de disposiciones legales o de criterios supralegales que recogen el denominado «principio de compensa-

ción». A su vez, son de dos clases. Por un lado, compensan una serie de daños de origen no estatal que el delincuente ha sufrido *propter malum actionis*, es decir, de modo causalmente relacionado con el delito cometido. Así, por ejemplo, el padecimiento de la legítima defensa del sujeto pasivo, de la venganza, de reacciones informales, en definitiva, de variantes de la *poena naturalis* en el sentido de *non forensis*. Por otro lado, y sobre todo, las normas de compensación establecen la obligación de compensar daños causados al delincuente por acción u omisión del Estado en el contexto del hecho delictivo cometido.

A su vez, estos últimos pueden derivar de dos fuentes distintas. En algunos casos, derivan del mal funcionamiento del Estado en su dimensión político-administrativa no punitiva. Así, en concreto, de defectos de protección negativa, positiva-formal o positiva-material (este es el caso de las eximentes que benefician a las víctimas de trata, de las que deben operar en situaciones de miseria extrema, pero también para hacer frente a la actitud estatal de fomento de adicciones o de inhibición ante el fenómeno –juego patológico, adicciones a la tecnología, etcétera–). En otros casos, derivan de graves vulneraciones de garantías procesales llevadas a cabo por los órganos estatales –fuerzas y cuerpos de seguridad, administración de justicia–. Así, por ejemplo, las conductas de provocación policial del delito, las detenciones humillantes o acompañadas de torturas, las dilaciones indebidas en el procedimiento u otras lesiones de derechos procesales. Aunque ello se trata de remediar cada vez más mediante el establecimiento de bloqueos procesales o prohibiciones probatorias, también se postulan las exenciones y atenuaciones de pena.

IV. LAS NORMAS PREMIALES Y SU RELACIÓN CON LAS NORMAS PENALES DE SANCIÓN

1. Planteamiento

Las normas premiales de contenido jurídico-penal traen causa de disposiciones que abren un diálogo de utilidad entre el Estado y el (presunto) sujeto activo del delito, en un estadio (i) pre-procesal, (ii) procesal e incluso, en algunos casos, (iii) en el contexto de la ejecución de la pena. Ejemplos de lo primero son ciertas variantes del desistimiento voluntario –distintas de las aludidas antes–, especialmente patentes en la regulación legal española, la regularización tributaria y otras muy diversas causas de «exención de pena» –y de atenuación de esta– dispersas por la Parte Especial de los códigos y leyes penales. En cambio, lo segundo se manifiesta en ciertas variantes de confesión –distin-

tas de las mencionadas antes–, en variantes –igualmente distintas– de la reparación así como, de modo especial, en la colaboración procesal mediante delación y aportación de pruebas. En fin, lo tercero se advierte en las reducciones o liberaciones de condena por abandono de la actividad terrorista ¹².

2. La estructura de la norma premial y el contexto del diálogo premial

En el marco proporcionado por una ley de contenido premial penal, la norma de conducta reza del siguiente modo: «Si quieres obtener la exención o atenuación de pena Y, haz X», lo que viceversa puede formularse: «si haces X, obtendrás la exención o atenuación Y». Como se advierte, su estructura es hipotética: «Si regularizas tu situación tributaria...»; o bien: «si colaboras en la identificación de los codelincuentes y en la prueba de los hechos...». Por su parte, la norma de aplicación del premio, que se dirige al órgano judicial, señala: «El que haga X quedará exento de pena (o recibirá una pena inferior)». En este sentido, el Derecho penal premial ha existido siempre, en una u otra modalidad ¹³.

En un sentido más polémico, el Derecho penal premial se orienta a incentivar el comportamiento procesal del sujeto investigado. En principio, lo hace para incentivar sus conductas de colaboración procesal relativas al propio hecho. Ciertamente, a este ámbito pertenecen las variantes instrumentales de la atenuante legal de confesión. Ahora bien, en la segunda mitad del siglo XX se ha ampliado mucho el alcance inicial de estas instituciones. Así, en primer lugar, mediante el régimen italiano de incentivos para los terroristas ya condenados que decidieran abandonar su actividad, impropriamente denominados «arrepentidos» ¹⁴. En segundo lugar, a través de medidas propias del Derecho penal en materia de crimen organizado, en particular, con la del testigo de cargo o de la corona. En efecto, la singularidad de estas últimas radica en que pasan a centrarse de modo directo en el comportamiento procesal del acusado en su relación con terceros intervinientes en el hecho enjuiciado ¹⁵.

Estas son las que han dado lugar a introducir en las legislaciones de disposiciones –denominadas «programas de clemencia»– vinculadas con la delación de terceros intervinientes en el hecho y la aportación de pruebas que contribu-

¹² En estos últimos años: NÚÑEZ FERNÁNDEZ (2017); DONINI/BIN/DIAMANTI (eds.), *Preventing International Terrorism. European Models of Rewarding Measures for Judicial Cooperators*, 2021.

¹³ RESTA, *Il diritto penale premiale*, *Dei Delitti e delle Pene*, 1 (1983), 41 ss.; PISANI, *Diritto premiale e sistema penale*, en: AA. VV., *Diritto premiale*, 1983, 11 ss.; *el mismo*, *Diritto premiale: le revoche per indegnità*, *Jus: Rivista di Scienze Giuridiche* 58 (2011), 151 ss.; *el mismo*, *Studi di diritto premiale*, 2.ª, 2010.

¹⁴ En italiano, «*pentiti*». ABOSO, *El arrepentido en el Derecho penal premial*, 2017.

¹⁵ RESTA, *Dei Delitti e delle Pene* 1 (1983), 49.

yan a su condena. Conviene subrayar que la delación llevada a cabo por un co-delincuente se diferencia radicalmente de la que efectúa un «informante» que no ha intervenido en el hecho delictivo de cuyo enjuiciamiento se trate. En efecto, aquélla puede determinar la no punibilidad de una conducta que no deja de ser antijurídica y culpable. En cambio, la conducta de este último, aunque puede haber lesionado secretos de empresa o la intimidad de terceros, tiende a verse amparada por una causa de exclusión de la tipicidad o de justificación. Esta cuestión será sin duda objeto de discusión en los próximos años.

Por los demás, las disposiciones premiales propias de los procesos de la justicia transicional tienen un carácter distinto. En efecto, estas abren una vía no punitiva para los acusados que opten por declarar toda la verdad relativa al hecho y a todos los intervinientes –además de llevar a cabo conductas de reparación–. De este modo, mediante el incentivo de la no punición, se contribuye a conseguir la paz pública y la reconciliación nacional.

V. LAS NORMAS DE CONVENIENCIA U OPORTUNIDAD

En fin, las normas de conveniencia u oportunidad dan cuenta de la resolución, por parte del Estado, de la colisión entre su interés en ejercer la potestad punitiva y el que tiene por objeto cumplir otras misiones que también ha de llevar a cabo. Estas pueden referirse a la protección de las propias instituciones del Estado –en el caso de las inmunidades e inviolabilidades–; de las relaciones internacionales; de determinadas políticas públicas, en particular, la de gestión del presupuesto de la administración de justicia; e incluso de la paz pública, en las leyes de amnistía y, en general, en el Derecho transicional. Sin embargo, la incidencia de estas «normas» de conveniencia u oportunidad no debe identificarse con el alcance del «principio» procesal de oportunidad. En efecto, este último integra dos clases de lógicas distintas. Por un lado, se relaciona ciertamente con razones sustantivas de estricta oportunidad en cuanto a la gestión presupuestaria. Sin embargo, simultáneamente constituye el vehículo de los incentivos de las normas premiales. Por ejemplo, mediante la concesión del sobreseimiento de la causa seguida contra la persona de la que se trate.

CAPÍTULO XXXVIII

UNA CUESTIÓN DE VANIDAD: UNA LINDA SONRISA VS. LA RESPONSABILIDAD PENAL POR IMPRUDENCIA DEL MÉDICO ANESTESISTA

GEOVANA ANDREA VALLEJO JIMÉNEZ

Doctora en Derecho por la Univ. de León. Integrante de los grupos
de investigación Proceso Penal y Delito (UNAULA, Medellín)
y Derecho Penal de la Universidad de León

I. INTRODUCCIÓN Y DEDICATORIA

Participar en este libro que se hace en homenaje al profesor Javier de Vicente Remesal, querido amigo y maestro indirecto, me obliga a escribir –aunque de forma breve y muy general por razones de espacio– sobre una temática en la que el prof. de Vicente Remesal se ha convertido en un importante referente, la responsabilidad penal médica. Hace ya varios años, el prof. Javier me ha venido inspirando a investigar y a estudiar sobre diferentes asuntos de la responsabilidad penal sanitaria, en algunos, diría que, en la mayoría, hemos tenido puntos de encuentro, y en otros no tanto, pero siempre con reflexiones forjadas en el respeto y en la admiración hacía él. Gracias al prof. de Vicente este tema sigue siendo un mundo fascinante para mí, sobre el cual espero me siga enseñando por muchos años más, con esa profunda generosidad que lo caracteriza.

En la sociedad moderna, verse bien es uno de los deseos que ha cobrado una mayor proliferación. A partir del siglo XX la cirugía estética se convirtió en una de las actividades médicas con mayor desarrollo, donde las personas por lo general, lo que buscan es corregir aquellas partes del cuerpo con las que se

sienten insatisfechas. Sin embargo, a pesar de su crecimiento, esta actividad también se ha convertido en una de las más conflictivas; por una parte, debido a los riesgos que puede generar en el paciente; por otra, por la insatisfacción en los resultados; y adicionalmente, por el incremento de las acciones jurídicas que se adelantan como consecuencia de una mala praxis ¹.

Son diversos los factores que han influenciado en el aumento desmesurado de esta práctica. Por una parte, la globalización o el acceso libre a estos procedimientos, que hacen que hoy en día prácticamente se pueda acudir a ellos de forma ilimitada, sin importar la edad, sexo o condición social. Asimismo, la diversidad de técnicas y avances tecnológicos que se ofrecen en el mercado para mejorar la belleza corporal permiten que se practiquen intervenciones en las que solo esté involucrada la anestesia local, conduciendo así, a la reducción de costos e incluso a la disminución de los temores que en los pacientes suele conllevar una cirugía. De igual manera, la influencia de los medios de comunicación que invita a cambiar la corporalidad y hacer creer que los cuerpos imperfectos posean una estética perfecta ².

Después de la pandemia originada por el Covid-19, los procedimientos estéticos, tanto los quirúrgicos como los no quirúrgicos, alcanzaron un incremento significativo del 54,4% respecto de los cuatro años anteriores. La liposucción se sigue destacando en el primer lugar entre los procedimientos quirúrgicos cosméticos más deseados; y en el caso de los procedimientos no quirúrgicos continúa sobresaliendo la toxina botulínica o conocida comúnmente como bótox ³.

Son varios los riesgos ⁴ los que acompañan a las intervenciones estéticas, estos se pueden derivar, principalmente de dos fuentes ⁵; la primera, de la propia intervención, y la segunda, del propio paciente. Los riesgos que tienen su origen en la intervención, suelen ser producto de la anestesia, las infecciones, trombosis, tromboembolismos, hemorragias ocasionadas por anemia o hema-

¹ VALLEJO JIMÉNEZ, G., Problemas de la responsabilidad penal de los especialistas en psiquiatría, cirugía estética, ortopedia y traumatología. Supuestos prácticos; 2022, p. 83 s. En el ámbito de la cirugía plástica, se hace preciso diferenciar entre la cirugía reconstructiva y la estética «La primera de ellas pretende restaurar alguna estructura o función que se ha perdido como causa de un accidente, quemadura, malformación congénita o lesión; la segunda busca corregir aquellas partes del cuerpo que generan insatisfacción en el paciente».

² PÉREZ GARCÍA, L./ALMANZAR CURIEL, A.; Cirugía estética y motivaciones psicosociales. Hacia un estado de la cuestión y perspectivas de investigación. Sapientai, vol. 7, n.º 1, 2021, p. 119.

³ Al respecto véase: [https://www.isaps.org/media/fkgnkkr/2021-global-survey-press-release-spanish-latam.pdf]

⁴ Sobre el tema de los riesgos en la actividad médica, véase ampliamente DE VICENTE REMESAL, J.; Factores latentes de riesgo, eventos adversos y errores en la práctica médica (su sistematización como instrumento para el análisis de la jurisprudencia y de otras fuentes. Libertas, 7, 2018, pp. 259-288.

⁵ Aunque podrían existir muchas otras más.

tomas, cicatrización engrosada o elevada, daño neural, quemaduras, entre otras⁶. Mientras los segundos, conocidos como los riesgos propios del paciente, que suelen ser concebidos como riesgos no modificables, están rodeados por factores como la edad, los antecedentes quirúrgicos, patológicos, el consumo de alcohol y de sustancias psicoactivas, las alergias, etc.⁷; y, por lo tanto, deben ser informados dentro la relación de confianza que se debe generar entre el especialista y el paciente.

Y es justamente sobre ese tipo de riesgos que tienen su origen en el paciente, a los que vamos a referirnos en este texto, toda vez que en ocasiones después de realizadas las intervenciones estéticas, quirúrgicas o no, cuando la persona por alguna razón, puede ser por una enfermedad o porque quiere seguir embelleciendo su cuerpo, debe acudir al quirófano mediante un procedimiento que involucra la aplicación de anestesia general, se halla en la obligación de informar al médico anestesista sobre las intervenciones estéticas previas, en aras de que este tenga la posibilidad de prever y la posibilidad de evitar⁸ una complicación que genere resultados lesivos, como puede suceder en aquellos casos en los que el paciente se ha hecho un diseño de sonrisa.

Por lo tanto, en lo que sigue, vamos a abordar esta reflexión a partir de una de las prácticas más comunes de embellecimiento, y que ha cobrado relevancia en los últimos tiempos, se trata del diseño de sonrisa cuyo tratamiento conlleva un amplio espectro de riesgos, pero que por lo general después de su práctica, la persona cree falsamente que su modificada sonrisa constituye un proceso natural al que le suele restar importancia, sin que el anestesista en ocasiones perciba que el paciente se ha hecho este tipo de intervenciones, el cual puede incidir en el manejo de la vía aérea al momento de realizar la intubación. Así entonces, se analizarán dos cuestiones, de forma muy general por razones de espacio, por una parte, nos vamos a referir al diseño de sonrisa como factor de riesgo en procedimientos anestésicos posteriores, y por otra, a la valoración del riesgo de la vía aérea como herramienta que le sirve al operador jurídico para evaluar la previsibilidad y evitabilidad como elemento de la categoría de la imprudencia dentro del contexto jurídico penal.

⁶ JIMÉNEZ CAGUA, A./VÉLEZ MACIAS, M./SÁNCHEZ SALTOS, J./ALCÍVAR MARCIAS, J.; Consecuencias y riesgos de pacientes sometidos a varios tipos de cirugía plástica. *Recriminó*, vol. 5, n.º 1, 2021, p.64.

⁷ ARRIAGADAS, J.; Buenas prácticas en cirugía estética: Algunas consideraciones desde la bioética. *Rev. Med. Clin. Condes*, vol. 27, n.º 1, 2016, p. 117 ss.

⁸ Cuando se puntualiza sobre la posibilidad de prever y la posibilidad de evitar, nos estamos refiriendo a cuestiones de previsibilidad y evitabilidad, y no simplemente a un asunto de «prever» o «evitar» a secas.

II. EL DISEÑO DE SONRISA COMO FACTOR DE RIESGO EN PROCEDIMIENTOS ANESTÉSICOS POSTERIORES

En la actualidad muchos pacientes acuden al odontólogo en busca de una sonrisa perfecta, tener un lindo rostro ha conllevado a que miles de jóvenes y adultos busquen someterse a tratamientos terapéuticos en ortodoncia. Para el paciente este tipo de procedimientos involucra la belleza de su sonrisa, aunque realmente detrás de este, existe una suma de factores que no suelen ser tenidos en cuenta por el usuario, como la intervención en las encías, la posición de las estructuras dentarias, el grosor labial, las líneas dentales, la modificación de piezas⁹, entre otras.

La odontología estética implica la participación de un grupo multidisciplinar compuesto por odontólogo, periodoncista, restaurador estético¹⁰, pero además se requiere del uso de la tecnología para que el abordaje quirúrgico, de tal manera que el tratamiento esté precedido por una planeación dental, por lo tanto, se viene acudiendo a una herramienta conocida como *Digital Smile Design* (DSD) que es un instrumento que permite «el análisis de las proporciones faciales y dentales de un paciente, utilizando fotografías y vídeos digitales para adquirir conocimiento de la relación entre dientes, encías, labios y sonrisa. Una vez obtenidos todos los datos necesarios se transfieren al programa para calibrar las imágenes, y se obtiene una sonrisa digital, usando los principios de diseño de sonrisa»¹¹.

Pese al auge del diseño de sonrisa, existen verdaderos críticos que incluso se niegan a aceptar esta categoría, para Jadad Bachara «el diseño de sonrisa» como tal no existe, porque argumenta que lo que se ha hecho es una indebida proliferación de la odontología estética a través de la cual se le ofrece a los pacientes una falsa restauración de su dentadura, por lo tanto, prefiere hablar de rehabilitación oral o prostodoncia. Advierte este autor que «la sociedad ha sido invadida por este acto irresponsable de mutilar dientes, que por ejemplo a temprana edad cuando las raíces de los dientes aún no están totalmente formadas pueden causar daños irreparables en los dientes; en otros pacientes los dientes pueden quedar extremadamente largos y blancos desconociendo los rasgos particulares de cada persona»¹².

⁹ ESCOBAR PACHECHO, M./ESPINOSA TORRES, C./SANTACRUZ ESCOBAR, P.; Estética de la sonrisa. *Odontología*, vol. 23, n.º 1, 2021, pp. 2-9.

¹⁰ LONDOÑO BOLIVAS, M./BOTERO MARIACA, P.; La sonrisa y sus dimensiones. *Revista Facultad de Odontología Universidad de Antioquia*, vol. 23, n.º 2, 2012, pp. 354-365.

¹¹ CANTÚ, A./COLÓN C./BENAVIDES, R./SALINAS A.; Diseño multidisciplinario de sonrisa: caso clínico. *Odontología vital*, vol. 1, n.º 24, 2016, p. 8

¹² JADAD BECHARA, E., ¿Existe realmente el diseño de la sonrisa? *s/n Dental Tribune*, 2016

Para otros expertos, los diseños de sonrisa también pueden ocasionar «problemas periodontales por la acumulación de placa dentobacteriana entre la encía y ‘el turrón de resina’; fracturas en la estructura dental; desgaste innecesario del esmalte (el esmalte jamás se recupera); se generan fuerza que pueden provocar reabsorción radicular de los órganos dentarios involucrados; cambios de coloración en el diente; problemas a nivel de la ATM; problemas en la oclusión; se puede llegar a la pérdida completa de los dientes involucrados»¹³.

El alargamiento de los dientes en los procedimientos de diseño de sonrisa puede conllevar a que eventualmente ante una intervención quirúrgica posterior en la que se requiera de la aplicación de anestesia general se produzca una complicación en la intubación traqueal del paciente, que puede originar lesiones como una fractura dental, pero también consecuencias que van desde traumatismos en vías respiratorias, daño cerebral o miocárdico e incluso la muerte del paciente¹⁴. Este tipo de resultados lesivos podrían derivar en situaciones que muy seguramente pueden llegar a involucrar la responsabilidad penal del médico anestesista.

En el ámbito anestésico resulta común los procesos judiciales en el manejo de la vía aérea¹⁵. La vía aérea es entendida en la comunidad científica como «la realización de maniobras y la utilización de dispositivos que permiten una ventilación adecuada y segura de pacientes que lo necesitan, es uno de los desafíos más importantes al que puede verse enfrentado un médico en su práctica clínica. El resultado dependerá de las características del paciente en particular, la disponibilidad de equipos, y la destreza y habilidades del operador, pudiendo determinar morbilidad y mortalidad»¹⁶. Y, es por ello por lo que la vía aérea difícil (VAD) se explica como esa situación clínica a la que se ve enfrentado el anestesista para la ventilación de la vía aérea superior con mascarilla facial, intubación traqueal o incluso mediante el empleo de ambas¹⁷.

Según explican Guiracocha Landeta/Ortíz Andrade/León García/Bellorin Rivas, el 34% de los procesos judiciales en contra de los anestesistas se encuentran relacionados con eventos de VAD, siendo la intubación desde la época de los 90 la causa más común de daño. De acuerdo con estos autores

¹³ GALVES NÚÑEZ, G.; El catastrófico boom de los diseños de sonrisa. s/n Dental Tribune, 2019.

¹⁴ ESCOBAR, J.; ¿Cuánto podemos predecir la vía aérea difícil? Rev Chil Anest; vol. 38, n.º 34, 2009, p. 84

¹⁵ ALVARADO ARTEAGA, I.; Actualización en vía aérea difícil y propuesta de un algoritmo simple, unificado y aplicado a nuestro medio. Rev Colomb Anestesiol; vol. 46, n.º 1, 2018, pp. 58-67.

¹⁶ COLOMA, R./ÁLVAREZ, J.; Manejo avanzado de la vía aérea. Rev. Med. Clin. Condes, vol. 23, n.º 3, 2011, p. 270.

¹⁷ BUSTAMANTE BOZZO, R.; Vía aérea difícil. Rev Chil Anest; vol. 38, n.º 2, 2009, p.64.

«La VAD representa el 50% de las complicaciones severas en anestesiología y es responsable de hasta el 30% de las muertes por causa anestésica. La mayoría de los casos se deben a la existencia de una VAD no reconocida previamente, de ahí la gran importancia que adquiere la valoración de la vía aérea (VA) en el período preoperatorio, y el que todos los especialistas en disposición de manejar la VA de un paciente deban estar correctamente capacitados con las habilidades necesarias para tal fin»¹⁸.

Es por lo anterior, que durante las evaluaciones preanestésicas el profesional de la salud debe establecer una correcta comunicación con el paciente, incluso indagar por sus detalles estéticos, como es el caso del diseño de sonrisa, porque como bien se mencionó en líneas previas, estos provocan necesariamente modificaciones no solo en el rostro del paciente, sino especialmente en sus dientes cuyo alargamiento, podría eventualmente, generar problemas de oclusión que impactan en el manejo de la vía aérea en un procedimiento quirúrgico posterior. Tal y como lo explican García Díaz y Matos García, los «factores anatómicos pueden producir dificultad o falta de alineación del eje oro-faríngeo-laríngeo, y resultar una intubación difícil, que es la causa más común de morbilidad y mortalidad en la anestesia»¹⁹.

Por lo tanto, la evaluación preanestésica constituye uno de los aspectos más relevantes para establecer el riesgo al que va a ser sometido el paciente, el manejo adecuado del plan perioperatorio permite establecer los riesgos de la vía aérea. Algunos protocolos de evaluación, como por ejemplo la Guía ASA advierte que es necesario evaluar elementos como el largo de los incisivos inferiores, la relación de los incisivos superiores e inferiores durante la oclusión normal de la mandíbula, la relación de incisivos superiores e inferiores durante la protrusión voluntaria, distancia interincisivos (apertura oral), visibilidad de la úvula, forma del paladar, espacio mandibular, distancia tiromentoniana, largo del cuello, grosor de cuello y rango de movilidad de cabeza y cuello, así como de las patologías que podrían estar asociadas al manejo de la VAD²⁰.

Es así como la valoración del riesgo que realice el anestesista, constituye uno de los factores que necesariamente deberá verificar el operador jurídico al momento de determinar la posible responsabilidad penal de este profesional, en casos en los que se enfrenta a un paciente que ha estado

¹⁸ GUIRACOCA LANDETA, J./ORTÍZ ANDRADE, L./LEÓN GARCÍA, J./BELLORIN RIVAS, N.; Vías aéreas difíciles. *Reciamuc*, vol. 6, n.º 1, 2022, p. 350.

¹⁹ GARCÍA DÍAZ, M./MATOS GARCÍA, S. Consideraciones sobre el acceso a la vía aérea difícil. *CCM*, vol. 18, n.º 4, 2014, p. 748.

²⁰ ESCOBAR, J. *Rev Chil Anest*; vol. 38, n.º 34, 2009, p. 85 s.

precedido por un diseño de sonrisa y cuya intervención generó complicaciones por vía aérea en la intubación, provocando resultados lesivos en el paciente, que como vimos pueden ir desde la fractura de los dientes hasta incluso dificultades respiratorias o provocar su muerte.

III. CONCLUSIÓN: LA VALORACIÓN DE LOS RIESGOS, LOS COMPONENTES DE LA PREVISIBILIDAD Y LA EVITABILIDAD COMO FACTORES QUE INCIDEN EN LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICA POR IMPRUDENCIA.

Lo primero que se hace preciso advertir, es que en este trabajo la imprudencia como categoría del delito, se entiende como la infracción del deber objetivo de cuidado determinado por normas jurídicas, reglamentarias, técnicas, científicas o de experiencias humanas, de un hombre que con su actuar ha determinado objetiva y positivamente el hecho imprudente, siempre y cuando la lesión al bien jurídico le haya sido previsible, evitable y su comportamiento sea el producto de un resultado típico no querido e imputable a su conducta²¹.

En la actividad médico-sanitaria cada uno de los elementos que comprenden este concepto general de la categoría de la imprudencia, debe interpretarse atendiendo a cada una de las particularidades que rodean la profesión médica, sobre todo porque tal y como se explicaba antes, son múltiples los factores que pueden incidir en resultados lesivos del paciente, factores que van desde características anatómicas hasta aquellos que tienen que ver con el proceso de comunicación entre el médico y el paciente.

Así entonces, aquí se considera que en la actividad médica la imprudencia se concibe como la infracción del deber objetivo de cuidado de un facultativo o auxiliar de la salud que ha dejado de actuar conforme al cuidado diligente, causando con su comportamiento un resultado lesivo para la salud o la vida del paciente, siempre y cuando exista una relación de causalidad entre la conducta y el resultado²², siendo imputable objetivamente este último. La conducta del médico o auxiliar para considerarse infractora del deber objetivo de cuidado ha de compararse con la de otro médico o auxiliar que puesto en la misma situación de aquél hubiera actuado diligentemente, dado que el resultado inherente a la actividad desplegada le era previsible y evitable²³. Por lo

²¹ VALLEJO JIMÉNEZ, G. Responsabilidad penal de los especialistas, 2022, p. 34 s.

²² Se aclara que la relación de causalidad solo se exige cuando se está ante delitos activos de resultado.

²³ VALLEJO JIMÉNEZ, G. Responsabilidad penal de los especialistas, 2022, p. 41.

tanto, en aquellos eventos en los que esté involucrado un anestesista su comportamiento deberá compararse con la de otro anestesista medio ideal²⁴.

De lo dicho se desprende que uno de los elementos²⁵ que componen el concepto de imprudencia, es el elemento ontológico, en su aspecto positivo, el cual se concreta en la previsibilidad y la evitabilidad, es decir, en la posibilidad que tiene el profesional sanitario de prever que esa conducta infractora del deber objetivo de cuidado puede provocar una lesión a la integridad física del paciente; además, esa previsibilidad deberá estar acompañada por la posibilidad de evitar la producción del resultado típico; por lo tanto, no basta con la sola previsibilidad, sino que se requiere de la evitabilidad, toda vez que, de faltar alguna de las dos, no se podrá afirmar que se está ante un comportamiento imprudente en la actividad médica, y se deberá eximir de cualquier tipo de responsabilidad penal al profesional sanitario –o auxiliar según el caso–.

La doctrina médica ha establecido que la VAD puede predecirse cuando se adoptan los protocolos de valoración preanestésica, los cuales van más allá de la simple suscripción del consentimiento informado, y abarcan aspectos generales de este tipo de evaluaciones como la identificación de las comorbilidades, el riesgo quirúrgico, la elaboración de planes anestésicos y de analgésicos, pacientes con cuidado especial²⁶, pero también particularidades propias de las vías aéreas a través de diferentes protocolos, guías²⁷ o niveles de escalas que le permiten al anestesista valorar la vía aérea difícil²⁸ a través de valores cualitativos o cuantitativos de predicción.

Una correcta valoración de la vía aérea permite al médico anestesista no solo estar en posibilidad de prever la presencia de una VAD sino también de establecer mecanismos de actuación que le permitan tener la posibilidad de evitar resultados lesivos en el paciente; sin embargo, tal y como lo explica Sandoval Larios en ocasiones la valoración de la vía aérea «es un aspecto infravalorado en la entrevista pre-anestésica y con poca frecuencia se interroga suficientemente al paciente sobre intervenciones previas. A no ser que el pa-

²⁴ Por razones de espacio no voy a referirme aquí, además porque desbordaría el objeto de este trabajo, a las capacidades o conocimientos especiales del médico, sin embargo, sobre este tema puede verse un estudio riguroso que ha elaborado el prof. DE VICENTE REMESAL. Al respecto puede consultarse DE VICENTE REMESAL, J.; Fundamento y límites de la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales del autor (a la vez, una referencia a los conocimientos especiales), RECPC, vol. 22, n.º 3, pp. 1-52.

²⁵ No el único.

²⁶ MORALES CASTRO, D.; Valoración preoperatoria: función anestésica. Medicina legal de Costa Rica, vol. 33, n.º 2, 2016, s/p.

²⁷ Para el año 2022 la Sociedad Americana de Anestesiólogos actualizó la guía sobre el manejo de la vía aérea difícil.

²⁸ OROZCO DÍAZ, E./ÁLVAREZ RÍOS, J./ARCEO DÍAZ, J./ORNELAS AGUIRRE, J.; Predicción de intubación difícil mediante escalas de la vía aérea. Cir Cir, n.º 78, 2010, pp. 393-399.

ciente tenga un informe de una intubación previa o la complicación haya sido lo suficientemente grave, esta circunstancia podría pasar inadvertida»²⁹.

La exigencia que se le hace al especialista de valorar el riesgo de la vía aérea brindará al juez herramientas de interpretación que le permitirán acudir al baremo del anestesista medio ideal, para establecer si en las condiciones específicas de tiempo, modo y lugar que rodearon el caso concreto, al especialista le era posible prever el riesgo por vía aérea difícil, y, a su vez, si le era posible evitar el resultado, porque, si pese a haber evaluado este riesgo y adoptado las medidas de prevención, el resultado dañoso, en todo caso, resultaba inevitable, no habrá lugar a endilgarle a aquel ningún tipo de responsabilidad penal por el resultado lesivo que se llegare a ocasionar.

Es así como en la situación que se ha venido planteando a lo largo de este trabajo, difícilmente se le podrá endilgar cualquier tipo de responsabilidad penal médica al anestesista que cumpliendo con los protocolos de evaluación preoperatoria, no alcanza a percibir ninguna situación anormal en la dentadura del paciente ni problemas de la oclusión, que le permitan estar en posibilidad de prever una vía aérea difícil, más aún cuando aquel le ha ocultado información relacionada con procedimientos estéticos de diseño de sonrisa.

No obstante, otra será la situación cuando no se ha hecho una correcta valoración de la vía aérea, pese a que el paciente hubiese informado al médico anestesista sobre el procedimiento previo de diseño de sonrisa, hecho que debería implicar una detallada revisión de las condiciones del paciente antes de someterlo a la intubación, por lo tanto, esa situación le permitiría al juez advertir que el médico estaba en posibilidad de prever y de evitar cualquier resultado lesivo que se pudiera generar producto de la condición advertida por el paciente.

Así, la determinación de la responsabilidad penal del anestesista deberá estar precedida por un análisis que le permita al operador jurídico establecer que aquel ha infringido el deber objetivo de cuidado, a través de una indebida aplicación de los protocolos que orientan la valoración de la vía aérea, además que al facultativo le resultaba previsible la complicación de la vía aérea difícil del paciente con diseño de sonrisa, y que la lesión que se llegara a producir le era razonablemente evitable, que existió relación de causalidad –solo si se trató de un comportamiento activo de resultado– entre la infracción al deber objetivo de cuidado y la lesión, y que el descuido del galeno fue el que provocó un resultado penalmente relevante, sin que este fuera producto del azar o de otras circunstancias ajenas.

²⁹ SANDOVAL LARIOS, C.; Vía aérea difícil: implicaciones en anestesia. Anestesia en Mexico, vol. 26, n.º 1, 2014, p.19.

CAPÍTULO XXXIX

LA TEORÍA DE LA IGNORANCIA DELIBERADA O CEGUERA VOLUNTARIA ¹

MARÍA VÁZQUEZ IGLESIAS

Abogada. Profesora Asociada de Derecho Penal. Universidad de Vigo

I. INTRODUCCIÓN

En el sistema jurídico español, para poder condenar a un sujeto por haber cometido un delito es necesaria una imputación objetiva y la concurrencia de dolo o imprudencia. La imputación objetiva suele ser mucho menos polémica y compleja que el desvalor subjetivo de la acción, la concurrencia de dolo o imprudencia. El delito doloso es la conducta típica por excelencia en el Código Penal español, merece mayor reproche ya que la conducta del sujeto al lesionar el bien jurídico lo hace de forma intencionada, sabiendo y queriendo, a diferencia del que lleva a cabo el delito de forma imprudente, es decir, inobservando de forma consciente o inconsciente una norma de cuidado. La imprudencia es la infracción de un deber de cuidado, siendo su modalidad consciente aquella en la que al sujeto se le representa el resultado como posible pero no como probable.

¹ Con esta breve contribución, me sumo al merecido homenaje al Profesor Javier de Vicente Remesal, al que he tenido el placer de conocer el siglo pasado y, con el que he tenido la suerte de compartir desde hace más de 25 años la asignatura Derecho Penal I y poder profundizar en el Derecho penal durante estos años compartidos, con todo mi reconocimiento como profesional y como persona.

Por lo que ese refiere al dolo y a pesar de que el Código Penal no hace mención a ello, podemos distinguir el dolo directo de primer grado, el dolo directo de segundo grado y el dolo eventual.

II. LA IGNORANCIA DELIBERADA

Esta figura doctrinal, importada del derecho anglosajón, *willful blindness*, llega a España con la sentencia núm. 1637/1999, de 10 de enero de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, y supone el apartarse de las exigencias de conocimiento del tipo objetivo del Derecho Penal. La ignorancia deliberada supone que el que no quiere saber aquello que está a su alcance el conocer y, se beneficia de dicha aquella situación, se convierte en responsable de las consecuencias penales. Lo que en la práctica permite que los supuestos en los que el sujeto no conoce los elementos del tipo van a ser considerados como casos de conocimiento efectivo, imponiéndosele al sujeto las mismas penas que el delito doloso.

El desarrollo de la *willful blindness* en el *common law* ha sido simplemente jurisprudencial y su aplicación se orienta a los delitos que requieren un elemento cognitivo para su realización. Esta construcción legal del sistema anglosajón se ha asentado en España por una parte a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y por otro lado por parte de la doctrina española, no son los textos legales, ni los principios generales del derecho las fuentes de su arraigo en el ordenamiento jurídico español.

El sistema jurídico penal en el *common law* se basa en el principio de «*actus non facit reum, sit mes rea*», (la realización de un hecho no hace culpable a una persona a menos que su mente también lo sea). Este principio supone que para que exista responsabilidad criminal deben concurrir esencialmente dos requisitos: la existencia de un elemento objetivo o externo, que se concreta con la realización de un acto físico, voluntario e ilícito por parte del sujeto; y la concurrencia de un elemento interno o subjetivo, que está constituido por la mente culpable del sujeto al momento de realizar el hecho. A esto se añade que la conducta voluntaria, con la correspondiente disposición mental, haya causado un resultado dañoso, sin que concurran elementos que excluyan la responsabilidad.

El Código Penal español en los artículos 5 y 10 prevén que para que pueda existir un delito debe concurrir dolo o imprudencia en la conducta del sujeto, y por tanto su inexistencia daría lugar a un supuesto de conducta atípica al faltar el elemento subjetivo de dicha tipicidad. El diferente tratamien-

to respecto a la pena del dolo y la imprudencia, vendría determinado en función del grado de conocimiento del sujeto sobre los elementos del tipo penal que comete. Siendo este conocimiento un elemento básico de la responsabilidad para el Derecho Penal.

Por lo tanto existe dolo cuando se obra con conocimiento de que, al ejecutar un acto, se crea para ciertos bienes un peligro concreto jurídico penalmente desaprobado. Es decir, se genera, con plena consciencia, un riesgo preciso, mediante la realización de una conducta de claro y altísimo potencial lesivo, que se conoce como tal y se sabe no es en absoluto controlable en lo que se refiere a sus consecuencias (Sentencia del Tribunal Supremo núm. 33/2002, de 23 de enero).

Asimismo, el dolo exige además de la existencia de un elemento intelectual sobre los elementos objetivos del tipo, un elemento volitivo de realizar dicha conducta pese al conocimiento de las consecuencias que su conducta puede desplegar.

La ignorancia, por el contrario, supone que el sujeto realiza una conducta, ajeno a la creación de dicho peligro para el bien jurídico, es decir, sin que concurra el elemento intelectual, sin el conocimiento por parte del autor de que con su acción está generando dicho peligro o la lesión del bien jurídico.

El Tribunal Supremo ha definido la ignorancia deliberada del sujeto entendiéndolo que sería de aplicación a los supuestos en los cuales el autor tuvo razones evidentes para comprobar los hechos y no lo hizo porque le daba igual que concurrieran o no los elementos del tipo; es decir, cuando consiga probarse que iba a actuar cualquiera que fuera la situación en la que lo hacía.

La incorporación a la jurisprudencia española de la teoría de la ignorancia deliberada supone aceptar la condena de un sujeto que provoca su propia ceguera, y que no quiere saber aquello que puede y debe conocer. Por lo tanto va acabar siendo tan merecedor de pena la falta de conocimiento provocada como el desconocimiento. Equiparar la ignorancia deliberada al dolo permite un dolo sin conocimiento de aquellas circunstancias que integran el tipo penal aplicable.

III. EL CONCEPTO DE IGNORANCIA DELIBERADA ENTENDIDO POR RAGUÉS I VALLÈS²

En su libro *Ignorancia deliberada en el derecho penal*, Ragués ofrece un concepto jurídico de esta figura. Según él, los elementos que debe-

² RAGUÉS I VALLÈS, *Ignorancia deliberada en el Derecho penal*, Atelier, Madrid, 2008, pp. 74-93.

rían componerlo, una vez vistas las propuestas de la doctrina estadounidense, serían los siguientes:

1. La ausencia de representación suficiente. Es decir, el sujeto en cuestión no puede alcanzar tal grado de conocimiento que pueda subsumirse en el elemento cognitivo suficiente requerido en la figura del dolo. Esa falta de conocimiento puede consistir en la inexistencia de cualquier sospecha sobre la concurrencia de un elemento del tipo que no permita afirmar que el sujeto conocía en términos de dolo. Ragués menciona como ejemplo el caso de un señor que obliga a sus empleados a no aceptar ningún tipo de notificación oficial. La falta de concreción de la sospecha sobre un posible ilícito, como no acudir a la mesa electoral, no permitiría imputarle un injusto penal a título de dolo.

2. La capacidad de obtener la información ignorada. «Solo de quien está en condiciones de conocer puede afirmarse que ha decidido ignorar deliberadamente.» Esa capacidad de conocer debe estar presente durante toda la acción u omisión delictiva, es decir, aunque anteriormente hubiera decidido ignorar cierta información siendo ésta accesible para él, si en el momento de la comisión intenta acceder a dicha información y ésta no está disponible, no debería tratarse como ignorancia deliberada.

3. Deber de obtener la información ignorada. Ragués incluye este elemento en el concepto de ignorancia deliberada de forma muy acertada pues las resoluciones del Tribunal Supremo interpretan esta teoría como el poder y deber de conocer. Entiende que solo debe ser responsable por no conocer el sujeto que debía conocer.

4. Decisión de no conocer. Para considerar una situación como de ignorancia deliberada, se requiera que el sujeto haya tomado una decisión voluntaria o por lo menos consciente de ignorar pues si no la ignorancia ya no sería deliberada. Ragués incide en que esa decisión «puede plasmarse tanto en actuaciones concretas realizadas para evitar una determinada información como en omisiones del deber de conocer.»

Desde la perspectiva de Ragués, el concepto de ignorancia deliberada constaría de cuatro elementos, pudiendo observar la influencia americana en su análisis. En palabras de este autor, «se encuentra en tal situación todo aquel que pudiendo y debiendo conocer determinadas circunstancias penalmente relevantes de su conducta, toma deliberadamente la decisión de mantener en la ignorancia con respecto a ellas»³.

³ RAGUÉS I VALLÈS, Ignorancia, 2007, p. 158.

Definición que, concuerda perfectamente con las interpretaciones que han ido perfilando los magistrados de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Ragués comparte este análisis en su libro de 2007 antes citado y, no es hasta 2009, dos años después, cuando una Sentencia del Tribunal Supremo plantea una primera propuesta sobre los requisitos de la ignorancia deliberada.

IV. JURISPRUDENCIA DE LA IGNORANCIA DELIBERADA

La primera sentencia de la sala segunda del Tribunal Supremo que adoptó esta doctrina (núm. 1637/1999, de 10 de enero) fue por un delito de receptación y drogas, en ella se analiza la alegación de un sujeto condenado por haber transportado a Andorra gran cantidad de dinero en efectivo, afirmando no haber sabido que tales cantidades provenían del tráfico de drogas, resolviendo que «La Sala extrae la conclusión de que José Carlos tuvo conocimiento de que el dinero procedía del negocio de drogas —cosa que él niega— de hechos tan obvios como que la cantidad era muy importante y de la naturaleza claramente clandestina de las operaciones, por lo que quien se pone en situación de ignorancia deliberada, es decir no querer saber aquello que puede y debe conocerse, y sin embargo se beneficia de esta situación — cobraba un 4% de comisión—, está asumiendo y aceptando todas las posibilidades del origen del negocio en el que participa, y por tanto debe responder de sus consecuencias.»

Los argumentos de la sentencia para sostener que la actuación del sujeto es dolosa serían el conocimiento de que el dinero transportado era de procedencia ilícita basándose en que eran muy importantes las cantidades de dinero y la naturaleza claramente clandestina de dichas operaciones y, por otra parte el cobro de la comisión entendiéndose que quien se pone en situación de ignorancia deliberada, es decir no querer sabe aquello que puede y debe conocerse, y sin embargo se beneficia de esta situación, está asumiendo y aceptando todas las posibilidades del origen del negocio en el que ha decidido participar, y por tanto debe responder de sus consecuencias.

Esta sentencia supuso el permitir que alguien pueda ser responsable de su falta de conocimiento provocada o buscada, sin cuestionar que esta responsabilidad no tendría que ser únicamente a título de dolo sino que podría ser también a título de imprudencia. El equiparar la ignorancia deliberada al dolo supone la existencia de un dolo sin conocimiento y por tanto una modificación del concepto de dolo como conocimiento de las circunstancias del tipo penal. La definición que en esta sentencia se da de la ignorancia deliberada supondría

que el sujeto no quiere saber aquello que puede y debe conocer, buscando un beneficio de esa situación.

La aparición de la ignorancia deliberada en el ordenamiento jurídico-penal español supone un enorme cambio permitiendo castigar como dolosas actuaciones en las que el sujeto no conocía los elementos del tipo pero podía y debía conocerlos. El equiparar el conocimiento efectivo de los elementos del tipo con el deber de conocerlos. Esta situación rompe con el concepto de dolo entendido como conocimiento de las circunstancias que integran el tipo penal aplicable, lo que plantearía problemas de legalidad el no tener los conocimientos mínimos para poder apreciar dolo eventual. Si bien es cierto que el concepto de dolo no ha sido definido por el legislador en el Código penal, el artículo 14.1 establece que el error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente. Castigando menos e incluso dejando de castigar, a los que actúen con una errónea representación de los elementos del tipo. Por lo tanto de acuerdo con el Código penal el error de hecho y el dolo resultarían incompatibles.

Otro cambio importante en relación con la teoría de la ignorancia deliberada fue la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 797/2006, de 20 de julio que supone una nueva interpretación de la ignorancia deliberada declarando que «tales expresiones no resultan ni idiomática ni conceptualmente adecuadas, dado que si se tiene intención de ignorar algo es porque, en realidad, se sabe lo que se ignora. Nadie puede tener intención de ignorar lo que no sabe. La *contradictio in terminis* es evidente.» esta crítica a la jurisprudencia consolidada de la Sala Segunda del Tribunal Supremo supone el cuestionamiento de esta doctrina poniendo de manifiesto las incongruencias que venía provocando su aplicación.

La ignorancia deliberada ha venido utilizándose reiteradamente por los tribunales como indicio de prueba para acreditar el elemento cognitivo del dolo, pero también como elemento acreditativo del dolo, es decir, si el sujeto está en una situación de ignorancia deliberada, existe una presunción de la concurrencia de dolo. Esta presunción puede ser «*iuris tantum* «admitiendo» prueba en contra, atentando contra el principio de presunción de inocencia y el principio acusatorio.

En nuestro sistema penal toda persona es inocente mientras no se demuestre lo contrario y la carga de la prueba la tiene el Fiscal. Sin embargo a través de la jurisprudencia que aplica la ignorancia deliberada se puede observar cómo se está produciendo una inversión de la carga de la prueba, no siendo el Fiscal quien deba probar el conocimiento suficiente sino el acusado el que debe probar

que no conocía, ni tenía una representación suficiente para ser responsable a título de dolo. Por lo tanto esta situación supone una presunción de culpabilidad y no de inocencia como recoge la Constitución en su artículo 24.2.

Son varios los magistrados del Tribunal Supremo que plasman su preocupación por la inversión de la carga de la prueba en diversas sentencias como la núm. 613/2018, de 29 de noviembre, «en el derecho vigente no cabe ni la presunción del dolo, ni eliminar sin más las exigencias probatorias del elemento cognitivo del dolo. Tampoco cabe impugnar la aplicación del principio ‘in dubio pro reo’ [...] con apoyo en un supuesto ‘principio’ de la ignorancia deliberada».

Pero si la ignorancia deliberada como presunción «*iuris tantum*» no es compatible con el principio acusatorio y la presunción de inocencia, por suponer un riesgo para el ordenamiento jurídico, también podemos hablar de la ignorancia deliberada como presunción «*iuris et de iure*», es decir dar por acreditado el conocimiento del autor por el mero hecho de la existencia de ignorancia deliberada y, que esta presunción no admita prueba en contrario, aquí la prueba directamente no existiría y por tanto esta interpretación no debería de tener cabida en nuestro ordenamiento jurídico.

Por lo tanto la aplicación de la teoría de la ignorancia deliberada por parte de los tribunales vulnera principios consagrados en la Constitución como el principio de presunción de inocencia y el principio acusatorio, consagrado en el artículo 24. Cuestionándose que el haber importado una teoría de un sistema extranjero supone cierto riesgo dado que el ordenamiento jurídico español dista mucho del sistema anglosajón.

Durante los últimos años tanto el Tribunal Supremo como otros órganos judiciales han recurrido a la doctrina de la ignorancia deliberada para condenar a determinados sujetos. Con cierta frecuencia la jurisprudencia española recurre a esta doctrina, son muchos los casos mediáticos como Noos, Gürtel, Messi,....en los que los acusados afirmaban con total rotundidad que desconocían el origen de los negocios y, a pesar de ello, y de no existir certeza de que esto no fuera así, fueron condenados de acuerdo con la mencionada doctrina.

A lo largo de los años y de acuerdo con la jurisprudencia ha venido entendiéndose unas veces como elemento cognitivo del dolo, otras como indicio probatorio, otras como presunción de la existencia del dolo, lo cual plantea distintos problemas tanto dogmáticos como político criminales. Por ello debería precisarse el concepto de ignorancia deliberada y limitar su aplicación únicamente como indicio probatorio de la existencia del elemento cognitivo del dolo para evitar con ello conflictos político-criminales y constitucionales que quizás son innecesarios y, que podrían solventarse con otras figuras como el dolo eventual, la imprudencia o en todo caso el error.

De lo anterior podría plantearse si realmente existe necesidad de utilizar la mencionada doctrina en un sistema penal que cuenta con el dolo eventual y el error, en el caso del dolo eventual bastaría con que el sujeto aun sin perseguir el resultado sabe que existe la probabilidad de que se produjera y, aun así decide actuar. Para poder reconducir los casos de ignorancia deliberada la probabilidad equivaldría a la sospecha sobre la ilicitud del hecho y los elementos del tipo penal.

Por lo tanto la mayoría de los supuestos de ignorancia deliberada tendrían cabida en el dolo eventual y, en el caso de que la representación no fuese suficiente para considerar que en su actuación ha habido dolo eventual podría considerarse su actuación como imprudente.

Por lo que se refiere al error que aparece regulado en el artículo 14 del Código Penal excluye la responsabilidad penal en el caso del error de tipo invencible, en el caso de error vencible, el sujeto podría ser castigado por imprudencia. La ignorancia deliberada podría considerarse como un error de tipo vencible, del que el sujeto hubiese salido de haber empleado la diligencia debida que le llevaría a conocer la existencia de todos los elementos del tipo.

IV. CONCLUSIONES

La ignorancia deliberada es una teoría que nace en el sistema anglosajón, que por ser un sistema distinto al ordenamiento jurídico español entra en colisión con un sistema garantista en el que existen como principios constitucionales la presunción de inocencia, legalidad y principio acusatorio. A pesar de ello llega a España a través de los magistrados de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que la aplican de forma completamente heterogénea en sus resoluciones judiciales, entrando en colisión con los principios mencionados.

En el Código Penal español contempla el binomio dolo e imprudencia que permiten imponer una sanción, pero dada la dificultad a la hora de demostrar la concurrencia del elemento volitivo sorprenden que no exista una definición, así como tampoco exista ninguna disposición que excluya la responsabilidad penal por no concurrir dicho elemento volitivo, dado que por lo que se refiere a la falta del elemento cognitivo si existe el artículo 14 del Código Penal, en el que se contempla tanto la concurrencia del error vencible como invencible como sus efectos sobre la pena.

Dado que el ordenamiento jurídico español contempla la existencia del dolo eventual y de la imprudencia, parece posible el reconducir los casos de

ignorancia deliberada y por tanto sería innecesario en nuestro ordenamiento la existencia de esta teoría de la ignorancia debida.

No parece aceptable que un sujeto sea condenado por ignorancia deliberada en un sistema jurídico-penal en el que se considera el conocimiento como un elemento básico y esencial de la responsabilidad, ya que se viene interpretando con frecuencia que estos comportamientos tanto imprudentes como dolosos tendrían cabida por considerar que esa imprudencia es deliberada. Y se justifica esta condena en que, como el sujeto está en posición de poder conocer inmediatamente, se convierte en una obligación el conocer. Considerándose que no conocieron debiendo conocer y desapareciendo por tanto la imprudencia y el error y, de esta forma posibilitando el castigo por dolo.

La creciente aplicación de la teoría de la ignorancia deliberada supone una herramienta que hace desaparecer la problemática probatoria para acreditar el conocimiento y consentimiento del sujeto activo cuando no es posible probar a través de la prueba de indicios. Conlleva una mayor extensión de la responsabilidad penal permitiendo que el investigado pueda ser condenado como autor cuando ni ha cometido ni ha evitado el delito, lo que en ocasiones supone una herramienta injusta. Este sistema posibilita una condena dolosa sin tener que probar el hecho típico y por tanto el Ministerio Fiscal y las acusaciones particulares ya no asumirían la carga de la prueba.

CAPÍTULO XL
TRATAMIENTO PENAL DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA
EN EL ABORTO POR CAUSAS MÉDICAS *

JOSÉ-ZAMYR VEGA GUTIÉRREZ
Prof. Contratado Doctor de Derecho Penal. Universidad de Alcalá, Madrid

I. INTRODUCCIÓN

El Prof. Dr. Dr. h. c. Javier de Vicente Remesal tiene en su haber importantes trabajos de investigación en el ámbito del Derecho penal médico y, en materia de indicaciones en el aborto, destaca su contribución sobre «El grave peligro para la salud psíquica de la madre en la nueva ley del aborto», publicado hace más de treinta años. El interés del Prof. de Vicente por estos temas de gran relevancia me ha motivado a escribir unas breves líneas en torno a la ob-

* Este trabajo se ha elaborado en el marco del Grupo de Investigación DECADE-UAH (Discapacidad, Enfermedad Crónica y Accesibilidad a los Derechos), coordinado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá, por el Prof. Dr. Miguel Ángel Ramiro Avilés. El artículo constituye un breve resumen de un trabajo más amplio que realicé durante una estancia de investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Univ. Nacional Autónoma de México (UNAM), por lo que agradezco a las autoridades de dicha institución y, en especial, a la Dra. Pauline Capdevielle, por su apoyo, orientación académica y la apertura de espacios de discusión.

Abreviaturas utilizadas: §: Parágrafo. AT: Allgemeiner Teil. CE: Constitución Española. CENIPEC: Revista del Centro de Investigaciones Penales (UNAM). CP: Código Penal. e.r.c: en relación con. DP PG: Derecho Penal, Parte General. InDret: Revista para el Análisis del Derecho. IVE: Interrupción Voluntaria del Embarazo. LO: Ley Orgánica. LO 2/2010 o LSSR: LO 2/2010, de 3-3, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. LL: La Ley (Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía). n: nota al pie. Nm: número marginal. PG: Parte General. STC: Sentencia del Tribunal Constitucional. v. gr.: *verbi gratia* (por ejemplo).

jeción de conciencia del personal médico sanitario frente a la interrupción del embarazo en general y, en concreto, frente al embarazo que pone en grave riesgo la vida o la salud de la mujer.

Como es sabido, con la aprobación de la LO 9/1985, de 5-7 (hoy derogada), por medio de la cual se adoptó un sistema de indicaciones en el aborto, se planteó la posibilidad de que el personal sanitario pudiese invocar su derecho a la objeción de conciencia, pese a que la citada ley no contenía ninguna referencia al respecto. En tal sentido, la jurisprudencia constitucional española señaló en su día que la objeción de conciencia es una de las manifestaciones de la libertad de conciencia, que a su vez supone una concreción de la libertad ideológica recogida en el artículo 16 CE¹, por lo que, a partir de aquí, se allanó el camino para el reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia del personal sanitario ante el aborto.

No obstante, con la aprobación de la LO 2/2010, de 3-3, que en materia de interrupción del embarazo adopta un sistema mixto, de plazo combinado con indicaciones, se regula expresamente la objeción de conciencia del personal sanitario a la interrupción del embarazo. Pero, tras poco más de diez años de su entrada en vigor, dicha regulación fue reformada por LO 1/2023, de 28-2, por medio de la cual se introducen cambios en la regulación de la objeción de conciencia, siendo los más destacables: a) que el ejercicio de la objeción de conciencia no puede menoscabar el derecho humano a la vida, la salud y la libertad de las mujeres que deciden interrumpir el embarazo, b) la introducción de una cláusula revocatoria de la objeción de conciencia, c) que los servicios públicos deben garantizar el personal sanitario necesario para el acceso efectivo y oportuno a la IVE y d) se crea un registro de objetores de conciencia (art. 19 ter). Así, pues, teniendo en cuenta estas modificaciones, podemos afirmar que el legislador ha intentado conciliar el derecho a la objeción de conciencia con el derecho de la mujer de acceder a la IVE, bien a través del sistema de plazo (art. 14), o bien por medio de un sistema de indicaciones relacionadas con el grave riesgo para la vida o la salud de la mujer, y con el grave riesgo de anomalías en el feto o anomalías fetales incompatibles con la vida (art. 15).

Dado que el ejercicio irregular, defectuoso o ilegítimo de la objeción de conciencia, fuera de los casos de grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada solo podría acarrear, en principio, responsabilidad extrape-

¹ Así, las SSTC 15/1982, de 23-4; 53/1985, de 11-4 y 120/1990, de 27-6, que alude expresamente a una doble dimensión de la libertad de conciencia, es decir, a una dimensión interna, que se concreta en el derecho a realizar juicios de conciencia, y a una dimensión externa, que supone la actuación conforme a tales juicios.

nal, esto es, sanciones disciplinarias –laborales o administrativas–, en el siguiente epígrafe haremos referencia al tratamiento jurídico-penal de la objeción de conciencia ante el aborto por causas médicas, esto es, al tratamiento aplicable al personal sanitario que, por motivos de conciencia, se niega a interrumpir un embarazo que pone en grave riesgo la vida o la salud de la mujer. Para ello, plantaremos una serie de supuestos que, aunque hipotéticos, podrían llegar a presentarse en el ámbito de la interrupción del embarazo por causas médicas.

II. TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN ALGUNAS CONSTELACIONES DE CASOS

Como hemos anticipado, el análisis jurídico-penal de la objeción de conciencia en la IVE está limitado, en principio, a supuestos en los que el personal sanitario se niega a interrumpir un embarazo pese a la existencia de un grave riesgo para la vida o la salud de la gestante, es decir, cuando concurre el presupuesto de la denominada «indicación médica o terapéutica» [art. 15.a) LO 2/2010]. Esto es así porque, fuera de los casos de riesgo vital, es muy dudosa la responsabilidad penal del objetor que, por motivos de conciencia, se niega a realizar determinados actos médicos vinculados con la IVE, tal es el caso de, por ejemplo, el ginecólogo que se niega a realizar pruebas de diagnóstico prenatal tendente a confirmar la necesidad de interrumpir el embarazo. Por esta razón, plantaremos aquí algunas ideas iniciales en torno al tratamiento jurídico-penal de la objeción de conciencia en el ámbito de la interrupción del embarazo por razones médicas².

1. **¿Objeción de conciencia en el caso de los menores de edad?: la objeción de conciencia de los padres y de la menor embarazada en casos de riesgo vital**

En el ámbito de la IVE se ha planteado la cuestión de si los padres pueden invocar la objeción de conciencia al aborto en nombre de sus hijas menores de dieciséis años, es decir, cuando estas no pueden prestar un consentimiento ju-

² Como se ha indicado *supra*, la LO 1/2023, 28-2, por la que se reforma la LO 2/2010, introduce un límite a la objeción de conciencia a la IVE, esto es, que el ejercicio de este derecho individual no menoscabe el derecho a la vida, a la salud y la libertad de la mujer. Sobre la necesidad de incorporar esta previsión legislativa, cfr. LAURENZO COPELLO, Dogmática y política criminal del aborto, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 143.

rídicamente válido³. Se trata de casos en los que los padres rechazan –por motivos de conciencia– la realización de la IVE a una menor; sin embargo, hay quienes –como Romeo Casabona– sostienen que, en estos supuestos, cuando la decisión responde al interés superior de la menor, no será preciso que los padres invoquen la objeción de conciencia –aunque esta sea la verdadera causa–. Pero, cuando estamos frente a la indicación terapéutica, el citado autor advierte una restricción conforme a la cual los padres no se pueden negar –por razones ideológicas– a la interrupción del embarazo que pone en peligro la vida de la gestante, pues de ser así estarían anteponiendo sus creencias a la vida de la menor embarazada, lo que supondría un ejercicio abusivo de la representación legal⁴.

A los efectos que aquí interesan, en este ámbito conviene distinguir, al menos, dos variantes, a saber: a) la del padre que, por sus creencias religiosas, se niega a que se interrumpa el embarazo pese al riesgo vital de la menor y, b) la del padre que, en consonancia con los legítimos deseos de la gestante, se niega a que se interrumpa el embarazo. Así, en el primer caso, teniendo en cuenta el concepto del que partimos, sí cabría hablar de objeción de conciencia cuando, pese a la existencia de un grave riesgo para la vida de la menor, los padres rechazan –por motivos religiosos– la interrupción del embarazo de la menor. Y es que, en efecto, teniendo en cuenta la ponderación de intereses, aquí sí existe un deber legal de autorizar la IVE, lo que implica que, en este escenario, cabría la interrupción del embarazo incluso contra la voluntad de los padres⁵, quienes podrían incurrir en responsabilidad penal por un delito comisivo de homicidio –doloso eventual– o, si se prefiere, un homicidio en comisión por omisión, si llevando al extremo sus convicciones religiosas, impiden la interrupción del embarazo con consecuencias letales para la gestante.

En cuanto a la segunda variante, dejando a un lado la negativa de los padres a la IVE, conviene analizar la eficacia del consentimiento de la menor que, debido a sus creencias religiosas, se niega a someterse a un aborto pese a la existencia de un grave riesgo para su vida. En este supuesto, para deter-

³ Según el art. 13.1 bis LO 2/2020: «Las mujeres podrán interrumpir voluntariamente su embarazo a partir de los 16 años, sin necesidad del consentimiento de sus representantes legales; por su parte, el apartado 2.º establece que «En el caso de las menores de 16 años, será de aplicación el régimen previsto en el artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre (...)».

⁴ Cfr. ROMEO CASABONA, en *Estudios Jurídicos en memoria del Prof. Dr. José Ramón Casabó Ruiz*, vol. II, Valencia, Univ. de Valencia, 1997, p. 741.

⁵ En este sentido, ROMEO CASABONA, en *Estudios Jurídicos ...*, 1997, p. 741, quien defiende esta tesis haciendo un paralelismo con la posición asumida por el TS (Auto de 27-9-1978) en un caso en el que los padres testigos de Jehová se negaron a que se realizara una transfusión de sangre a su hijo mejor.

minar si estamos frente a un caso de objeción de conciencia de la menor habrá que analizar si, al tratarse de un aborto por causas médicas, la gestante puede o no consentir en el riesgo de muerte y si, teniendo en cuenta lo anterior, está o no legalmente obligada a someterse al aborto^{6, 7}. En principio, podría interpretarse que, debido a la existencia de un grave peligro para su vida, la gestante menor de edad no puede consentir en el riesgo y que, en consecuencia, la interrupción del embarazo es obligatoria; no obstante, la solución antes planteada podría ser dudosa si tenemos en cuenta la STC 154/2002, de 18-7, en la que se ampara el derecho fundamental a la libertad religiosa de una pareja testigos de Jehová, cuyo hijo menor de 13 años falleció por negarse –en atención a sus propias creencias– a recibir una transfusión de sangre.

En este supuesto, los padres habían sido condenados por un delito de homicidio, pues –según el TS– como garantes del menor tenían la obligación de convencerle para que aceptara la transfusión; sin embargo, el TC les concede el amparo por entender que, al negarse a recibir la transfusión, el menor ejerció su derecho a la libertad religiosa. Por tanto, a partir de esa emblemática resolución, podría defenderse que la menor cuyo embarazo pone en peligro su vida puede negarse, en el ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa, a someterse al aborto por causas médicas, por lo que, si se admite esta solución, estaríamos frente a un caso de actuación en conciencia, pero no ante un supuesto de objeción de conciencia en sentido estricto, pues no habría un deber legal de someterse a la IVE. A favor de la solución antes planteada, hay quienes argumentan que, en estos casos, el Estado no tiene

⁶ El artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002, establece que «Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor». Por su parte, el artículo 9.4 del mismo texto legal dispone que «Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación. No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo.

⁷ Esa cuestión ya había sido planteada por CUERDA RIEZU, Las menores, el derecho a la maternidad y el derecho al aborto, en Agenda Pública, de 12-9-2015, en el contexto de la reforma de la LO 2/2010 –mediante LO 11/2015, de 11-9– en virtud de la cual no bastaba el consentimiento de la menor de 16 o 17 años para la IVE, sino que era preciso contar con el consentimiento de sus padres o tutores. Sin embargo, la reciente reforma a la LSSR, mediante LO 1/2023, de 28-2, concede plena validez al consentimiento de la embarazada a partir de los dieciséis años, de manera que sólo será preciso contar con el consentimiento de los padres o tutores cuando se trata de menores de dieciséis años, en cuyo caso le será de aplicación el régimen especial contenido en el artículo 9.3. c) de la Ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

facultades para interrumpir un embarazo por la fuerza, esto es, contra la voluntad de la gestante menor de edad, como en cambio podría hacer cuando se trata de una transfusión de sangre indispensable para preservar la vida o la salud del menor, en cuyo caso sí podría llevarse a cabo la transfusión pese al rechazo del menor al tratamiento⁸.

2. La negativa del personal sanitario a interrumpir un embarazo que pone en grave riesgo la vida o la salud de la mujer

En este epígrafe se analizan los casos en los que un sanitario, por ejemplo, un médico de guardia –debidamente registrado como objetor de conciencia al aborto– se niega a interrumpir un embarazo que, conforme a la indicación terapéutica, pone en grave peligro la vida o la salud de la mujer. Sin duda alguna, en este escenario la negativa del médico estaría amparada por el derecho a la objeción de conciencia siempre que existiera la posibilidad de que la mujer fuese atendida por un médico no objetor, pero, cuando no existe tal posibilidad, la libertad ideológica del objetor ya no será un interés preponderante y, por tanto, el médico objetor estaría obligado a proporcionar el auxilio urgente requerido por la mujer mediante la interrupción del embarazo⁹. En consecuencia, en el escenario antes planteado, podría argumentarse que, si el personal sanitario no brinda la atención médica requerida, alegando el derecho a la objeción de conciencia al aborto, su conducta podría ser constitutiva de un delito de lesiones u homicidio, doloso eventual, en comisión por omisión o de un tipo de omisión pura, concretamente, un delito de denegación de asistencia sanitaria (art. 196 CP). En tal sentido, no obstante, teniendo en cuenta el criterio acuñado por Luzón Peña, según el cual, para que exista comisión por omisión, la propia omisión ha de crear o al menos incrementar un peligro o riesgo de producción del resultado¹⁰, habría que negar la concurrencia de un delito de resultado en comisión por omisión y admitir que la responsabilidad penal del sanitario debe girar en torno a un delito de omisión pura.

⁸ Al respecto, en una entrevista que realicé el 20-6-2023, LUZÓN PEÑA sostuvo que esa es la solución más correcta, habida cuenta de que, desde un punto de vista valorativo, la incidencia en la integridad física es más agresiva en la interrupción de un embarazo que en una transfusión de sangre.

⁹ En el mismo sentido, LAURENZO COPELLO, *Dogmática y política criminal del aborto*, 2012, p. 143.

¹⁰ Cfr. ampliamente sobre este criterio de equivalencia, LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 3.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, 31/83 ss.

En efecto, aunque en este supuesto parece clara la existencia de una posición de garante del médico –*por mor* de la ley, el contrato o la asunción voluntaria de la función de protección de un bien jurídico–, cabe argumentar que su omisión no crea ni incrementa el riesgo de producción del resultado lesivo sobre la vida o la salud de la embarazada, ya que, desde el punto de vista socio-normativo, no se puede dar por descontado, por cierto o por seguro que un médico objetor a la IVE desempeñará siempre, con total eficacia, su función y que, por tanto, controlará en todo momento el riesgo que recae sobre la vida o la salud de la mujer cuando la atención médica requerida consiste en la interrupción del embarazo. Ciertamente, se trata de una solución discutible, sobre todo si se argumenta –siguiendo el criterio de equivalencia de Luzón Peña– que en la indicación terapéutica la mujer se encuentra en un completo estado de desvalimiento y vulnerabilidad, lo que obliga al médico garante a asegurar, resguardar o blindar los bienes jurídicos de la mujer, por lo que, en caso de incumplimiento, habría equivalencia entre la omisión y la causación activa del resultado. Este argumento, sin embargo, no es de aplicación cuando estamos frente a un médico que es objetor de conciencia al aborto, pues, como hemos anticipado, en ese escenario no se puede dar por descontado o por seguro que el personal sanitario realizará su función y que lo hará con eficacia ¹¹.

Potro lado, con independencia de se aprecia un delito de omisión pura o una omisión impropia, podrían plantearse una vía alternativa de cara a atenuar o excluir la responsabilidad penal del médico objetor, ya que, como sugiere Luzón Peña, en caso de conflicto de conciencia extremo, la conducta se podría exculpar conforme al criterio de la inexigibilidad penal subjetiva como causa de exculpación suprallegal, basada en el principio de inexigibilidad penal individual o, si se prefiere, mediante la aplicación de una causa de exculpación análoga a las legalmente admitidas ¹². Sin embargo, en casos en los que el conflicto motivacional no es extremo, sino de menor intensidad, o cuando haya una valoración negativa por peligro de repetición del conflicto, entonces podrá apreciarse un supuesto de exigibilidad penal individual disminuida y, en consecuencia, una atenuación de la culpabilidad ¹³.

¹¹ En estos casos, ROMEO CASABONA, en *Estudios Jurídicos*, 1997, p. 745, n. 18, plantea la aplicación de un delito de omisión pura cuando, en caso de urgencia, la mujer no es paciente previa del médico, mientras que sugiere la apreciación de un delito de resultado en comisión por omisión, si la embarazada fuera ya paciente del médico.

¹² Para más detalles sobre los requisitos de esta categoría, *vid.*, LUZÓN PEÑA, *InDret*, 1/2013, pp. 11-13.

¹³ LUZÓN PEÑA, *InDret*, 1/2013, pp. 11-13.

3. El caso del tercero que, por motivos de conciencia, impide la interrupción de un embarazo que pone en grave peligro la vida o la salud de la gestante

a) PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Al igual que ha ocurrido en el ámbito de las transfusiones de sangre a testigos de Jehová, donde se han registrados supuestos en los que un tercero –perteneciente a dicha congregación– interrumpe o hace que otro interrumpa, mediante engaño, violencia o intimidación, la transfusión de sangre al paciente¹⁴, en el ámbito concreto de la IVE también podrían plantearse este tipo de situaciones cuando, por ejemplo, los padres o el tutor de una menor embarazada irrumpe en el quirófano para evitar –atendiendo a sus creencias religiosas– que se interrumpa el embarazo que pone en grave peligro la vida o la salud de la menor; o cuando –debido a sus creencias religiosas– un médico realiza la misma conducta para evitar que se interrumpa el embarazo a una paciente por razones médicas. Se trata, por tanto, de casos en los que la interrupción del tratamiento médico se produce *a posteriori*, es decir, una vez que el mismo se ha puesto en marcha, aunque también puede ocurrir que la interrupción o, más exactamente, la obstaculización, se produzca *ab initio*, esto es, antes de que se ponga marcha el procedimiento abortivo, así, por ejemplo, cuando el padre, madre o tutor de la menor embarazada encierran al médico que realizaría la interrupción del embarazo por riesgo vital.

Así, pues, en los escenarios antes planteados, estaríamos frente a lo que la doctrina jurídico-penal denomina «interrupción de cursos causales salvadores ajenos» (*Abbruch eines rettenden Kausalverlaufs*), que se presentan cuando un tercero interrumpe –a través de un movimiento corporal– un proceso causal puesto en marcha o a punto de iniciar, y que habría podido evitar el resultado lesivo para el bien jurídico que estaba en peligro¹⁵. Para ilustrar esta categoría, la doctrina suele recurrir a ejemplos como el sujeto que retira el salvavidas que un tercero ha arrojado al bañista que se está ahogando, o el del

¹⁴ Así, por ejemplo, el caso enjuiciado en la STS 27-3-1990, en el que un Testigo de Jehová fue condenado por un delito de homicidio debido a que procedió a retirar el catéter a través del cual se realizaba una transfusión de sangre a una mujer que se encontraba inconsciente; así también, el caso enjuiciado en la STS de 27-6-1997, en el que se condena a los padres –Testigos de Jehová– por un delito de homicidio doloso eventual en comisión por omisión, habida cuenta de que, según el TS, tenían posición de garante respecto de la salud de su hijo de 13 años, a quien era imprescindible realizarle una transfusión de sangre.

¹⁵ Cfr. entre otros, ROXIN, AT, 2.ª, 1994, § 11/29 (= DP PG, 1997); SILVA SÁNCHEZ, Interrupción de cursos salvadores ajenos dentro de la propia esfera de organización: un problema de justificación, 2011, *passim*; GIMBERNAT ORDEIG, CENIPEC, 25, 2006, p. 372.

tercero que, sujetando por la fuerza a otro, impide que este lance el flotador que podría salvar al bañista de morir ahogado. Un ejemplo parecido a los casos que hemos planteado como supuestos de interrupción de un curso causal salvador en el ámbito del aborto, lo propuso Kaufmann, a saber: un sujeto rompe la ampolla que contenía la medicina que salvaría la vida del paciente, justo cuando el médico se disponía a suministrarla¹⁶.

b) LA INTERRUPCIÓN DE UN CURSO SALVADOR AJENO EN EL ABORTO POR CAUSAS MÉDICAS

Una vez que hemos planteado supuestos hipotéticos de interrupción de cursos causales salvadores ajenos en el ámbito de la IVE, habrá que determinar cuál sería el tratamiento jurídico-penal aplicable al sujeto que, por motivos de conciencia, impide la interrupción de un embarazo que pone en peligro la vida de la mujer. En este sentido, la primera cuestión que habrá que responder es si la conducta del objetor que interrumpe el curso causal salvador debe ser valorada desde la perspectiva del delito comisivo u omisivo, lo cual es determinante debido al distinto tratamiento que la doctrina dispensa a uno y otro caso. En general, fuera del ámbito del aborto, en la doctrina se pueden distinguir básicamente tres posturas diferenciadas, a saber: a) la tesis de quienes entienden que los supuestos de interrupción de cursos salvadores deben tratarse desde la perspectiva de los delitos comisivos, b) la tesis de quienes, por el contrario, consideran que estos casos han de valorarse desde la perspectiva de la omisión impropia (comisión por omisión) y, finalmente, c) la tesis de quienes señalan que el sujeto que rompe un curso salvador ajeno ha de responder por una omisión propia¹⁷.

La apreciación en estos casos de un delito comisivo es doctrina dominante, mientras que las tesis de la omisión propia e impropia solo es defendida de forma muy minoritaria. De esta forma, pues, si aplicamos la tesis del delito comisivo a los casos de interrupción de cursos salvadores en el ámbito del aborto, tendríamos que afirmar la responsabilidad penal del objetor por un delito de homicidio a través de una conducta activa (u homicidio en tentativa en caso de la mujer se salve), y ello con independencia de si el agente que interrumpe el curso salvador o la persona a quien se le impide realizar la acción salvadora tienen o no posición

¹⁶ KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 108; también citado por GIMBERNAT ORDEIG, *CENIPEC*, 25, 2006, p. 373.

¹⁷ Plantea esta posibilidad, LUZÓN PEÑA, *Lecciones PG*, 3.ª, 2016, 25/36.

de garante. Esta solución que, como hemos apuntado, se enmarca dentro de la estructura del delito comisivo, ha sido fundamentada, no obstante, a través de dos vías distintas, a saber: a) la imputación del resultado lesivo a la acción que rompe el curso salvador, por entender que entre tal conducta y el resultado existe un nexo de causalidad real y, b) la imputación del resultado lesivo al agente que rompe el curso salvador, debido a que, aunque no exista una relación causal real, se parte de la hipótesis de que, si suprimimos mentalmente la interrupción del curso salvador, el resultado típico –con una seguridad rayana en la certeza– no se habría producido (causalidad hipotética)¹⁸.

Por otro lado, un sector minoritario niega que en estos casos haya un delito comisivo y, en su lugar, defienden la existencia de un delito omisivo, más concretamente una omisión impropia, en virtud de la cual el resultado lesivo se imputa a quien ha interrumpido el curso causal salvador. En la doctrina española, esta tesis ha sido defendida ampliamente por Silva Sánchez, quien sostiene que en estos casos ni existe un nexo de causalidad real ni tampoco un delito de comisión activa, pero que, pese a ello, el sujeto debería responder por el resultado en comisión por omisión, habida cuenta de que, quien interrumpe el curso causal salvador asume una posición de garante por injerencia¹⁹.

A juicio de Luzón Peña, en los supuestos de interrupción activa de cursos salvadores ajenos, en marcha o proyectados, no es correcta la tesis de la omisión, aunque sea impropia, ya que materialmente la conducta realizada por el agente no tiene sentido omisivo –como debe darse en la comisión por omisión–, esto es, de no llevar a cabo una conducta debida para salvar o ayudar al bien jurídico que está en peligro, y no es a continuación la omisión de un garante que vulnera no solo un mandato de actuación positiva, sino también la prohibición de lesionar un bien jurídico que, conforme a criterios normativos, equivale a la causación activa del resultado. Por tanto, a juicio del citado autor, lo que ocurre en estos casos es que desde el inicio hay una conducta activa que produce un proceso causal lesivo, que modifica el curso causal ajeno de signo contrario. En tal sentido, siguiendo a Samson, considera que la interrupción del curso salvador supone *empeorar* la situación del bien jurídico, lo que implica que estamos frente a una realización típica comisiva. Y esto es así, porque la conducta por medio de la cual se obstaculiza o anula el curso salvador que disminuye el peligro para el bien jurídico, crea activamente un nuevo incremento del riesgo e introduce un curso causal distinto que produce el resultado lesivo, de ahí que se trate de una comisión activa (de un delito de resultado),

¹⁸ GIMBERNAT ORDEIG, CENIPEC, 25, 2006, p. 378.

¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, El delito de omisión, Barcelona, Bosch, 1986, pp. 223 ss.

lo que es de aplicación en caso de anulación (posterior), impedimento (simultáneo) o frustración (de antemano) del curso salvador ajeno²⁰.

Por tanto, si aplicamos la anterior formulación al caso del sujeto que, por razones de conciencia, impide u obstaculiza –mediante engaño, violencia o intimidación– la asistencia sanitaria para la interrupción de un embarazo que pone en grave peligro la vida de la mujer habría que atribuirle responsabilidad penal por un delito (comisivo) de homicidio o de tentativa de homicidio si, por ejemplo, otro médico logra finalmente interrumpir el embarazo y salvar la vida de la gestante. Desde esta perspectiva, pues, el sujeto no podría invocar la objeción de conciencia como eximente de responsabilidad penal, ya que el ejercicio de este derecho tiene un límite infranqueable cuando está en peligro la vida o la salud de la mujer, habida cuenta de que, atendiendo a una estricta ponderación de intereses, en estos casos, los bienes jurídicos de la embarazada constituyen un interés preponderante frente a la libertad de conciencia del médico²¹. De igual forma, llegaríamos al mismo resultado de negar la eficacia eximente a la actuación en conciencia si se defiende, como hace un sector de la doctrina, que la objeción de conciencia solo es admisible en los delitos de omisión pura, pero no en los delitos comisivos, normalmente activos o, excepcionalmente, mediante omisiones impropias equivalentes, por medio de las cuales se infringen prohibiciones de actuar afectando bienes jurídicos que no están en peligro²².

En todo caso, con independencia de la tesis que se asuma para atribuir responsabilidad penal al sujeto que, por motivos de conciencia, rompe el curso causal salvador en el ámbito de la IVE, lo cierto es que –como señala Luzón Peña– el conflicto de conciencia que motiva su actuación podría afectar en grado extremo la culpabilidad del agente, al punto de llegar a atenuarla o excluirla conforme al criterio –ya invocado en el epígrafe anterior– de la inexigibilidad penal subjetiva²³.

c) LA INTERRUPCIÓN DE UN CURSO SALVADOR PROPIO EN EL ABORTO POR CAUSAS MÉDICAS

Por último, también se podrían plantear supuestos como el del ginecólogo que, siendo objetor de conciencia ante la IVE, retira la atención médica que, en principio, estaba proporcionando a la mujer, después de confirmar que, dada la

²⁰ Así, LUZÓN PEÑA, Tratado de Derecho Penal, Parte General (en preparación), 31/213-218.

²¹ En este sentido, LAURENZO COPELLO, Dogmática ..., 2012, p. 143.

²² LUZÓN PEÑA, InDret, 1/2013, pp.7-8; Lecciones PG, 3.ª, 2016, 25/36.

²³ LUZÓN PEÑA, InDret, 1/2013, pp. 5 y 8; LUZÓN PEÑA, Lecciones PG, 3.ª, 2016, 25/36, 28/62.

gravedad de su caso, el único tratamiento posible para salvar su vida es la interrupción del embarazo. La estructura del caso planteado se identifica con el problema que la doctrina denomina «interrupción de cursos causales salvadores propios», ya que el ginecólogo interrumpe la atención médica que él mismo estaba dispensando a la paciente de cara anular o disminuir el riesgo para su vida o integridad. Pues bien, en este ámbito la doctrina jurídico-penal ha propuesto una serie de soluciones, a saber: 1) una tesis ampliamente extendida sostiene que, en estos casos, concurre un delito comisivo, 2) otro sector de la doctrina defiende la existencia de un delito de omisión (pura) de socorro y, finalmente, 3) hay quienes aprecian un delito de omisión impropia (comisión por omisión) por entender que la interrupción del curso salvador crea un riesgo que convierte al sujeto en garante.

En tal sentido, en contra de la existencia de un delito comisivo de homicidio, doloso eventual, podría argumentarse que, pese a la interrupción de la acción salvadora por parte del médico, no estamos frente a una conducta activa que *cause* el resultado (de muerte o lesiones graves a la mujer), de manera que, todo parece indicar que, en este caso, la discusión gira en torno a la aplicación de una omisión pura de socorro o la apreciación de una omisión impropia. Así, en favor de la tesis de la omisión de socorro, se puede argumentar que la interrupción de la atención médica supone dejar a la mujer en la misma situación de riesgo vital en la que se encontraba y que no ha disminuido, de manera que, aunque se produzca la muerte de la gestante, el médico solo respondería por un delito de denegación de asistencia sanitaria (art. 196 CP); sin embargo, hay quienes, en estos casos, proponen como solución más correcta la aplicación de un delito de homicidio, doloso eventual, en comisión por omisión.

III. DEDICATORIA

El Profesor Javier de Vicente Remesal es un destacado y brillante penalista, cuya vocación por la docencia e investigación está sobradamente acreditada con sus múltiples publicaciones, ponencias, proyectos de investigación y, sobre todo, por la sólida formación científica de sus discípulos, los Dres. Marta García Mosquera y Virgilio Rodríguez Vázquez, actualmente Profesores Titulares de Derecho Penal de la Universidad de Vigo. Y, a nivel personal, el Profesor de Vicente se distingue por su generosidad, amabilidad y carácter reflexivo, todas ellas cualidades indispensables para alcanzar los triunfos académicos y personales que hoy disfruta. Por estas razones, me sumo con verdadero entusiasmo y aprecio a este merecido libro homenaje, y manifiesto mi deseo de seguir disfrutando de la amistad de nuestro homenajeado.

CAPÍTULO XLI

EL TIEMPO «DE LA REFORMA» TIENE QUE LLEGAR A SU FIN. A PROPÓSITO DE LA NUEVA REFORMA EN MATERIA DE IMPRUDENCIA EN LA CONDUCCIÓN DE VEHÍCULOS A MOTOR O CICLOMOTORES

ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ

Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Castilla-La Mancha.
Facultad de Derecho, Albacete

I. LAS REFORMAS DE 2015 Y 2019 EN MATERIA DE HOMICIDIO Y LESIONES IMPRUDENTES EN EL ÁMBITO VIARIO

No solo ha sucedido con la denominada «Ley del solo sí es sí»¹, sino también con otras materias penales, como, por ejemplo, la regulación del homicidio y lesiones imprudentes en el ámbito de la circulación, donde el legislador ha tenido que reformar lo ya reformado, lo que plantea la pregunta de si se trata de una cuestión de ¿desidia del legislador? o quizás ¿de la presión de los medios de comunicación? o bien ¿se legisla para contentar a determinados sectores de la sociedad? Cualquiera que sea la respuesta es obvio que conduce a una visión realmente patética del Derecho Penal y es evidente que esta situación se ha de revertir aunque solo sea por respeto a los operadores jurídicos.

¹ La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual, escasos meses después de su aprobación, fue modificada por la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Ya en 2007 el Proyecto de reforma del Código Penal aprobado por el Consejo de Ministros en diciembre de 2006 y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 15 de enero de 2007, introducía una serie de modificaciones en el texto punitivo, siendo una de ellas la reforma de los delitos contra la seguridad vial, reforma que no solo afectaba a los delitos comprendidos en el Capítulo IV, «De los delitos contra la seguridad del tráfico» del Título XVII, sino que se hacía también extensiva al delito de homicidio imprudente cometido con vehículo a motor o ciclomotor. La tramitación urgente del citado Proyecto terminaba con la publicación, en el Boletín Oficial del Estado del 1 de diciembre de 2007, de la Ley Orgánica 15/2007, de 23 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de seguridad vial, Ley que dejaba fuera una de las principales reivindicaciones en materia de seguridad vial, cual era la modificación del homicidio imprudente. Hay que esperar al año 2015.

La reforma del Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, llevó aparejada la derogación del Libro III relativo a las faltas y la reconducción de las conductas allí incluidas, que o bien pasaron a tipificarse como delitos leves o bien quedaron fuera del ámbito del Código Penal².

Las viejas faltas de homicidio por imprudencia leve –artículo 621.2³– y de lesiones por imprudencia leve –artículo 621.3⁴– se reconducían a la vía jurisdiccional civil, de modo que, tras la reforma penal de 2015, solo sería constitutivo de delito el homicidio por imprudencia grave (artículo 142.1) y el delito de homicidio por imprudencia menos grave (artículo 142.2). Por lo que respecta a las lesiones, igualmente solo sería constitutivo de delito las lesiones por imprudencia grave (artículo 152.1) y las lesiones por imprudencia menos grave (artículo 152.2).

En el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, el legislador justificaba la medida en estos términos: «En cuando al homicidio y lesiones imprudentes, se estima oportuno reconducir las actuales faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve hacia la vía jurisdiccional civil, de modo que sólo serán constitutivos de delito el homicidio y las lesiones graves por imprudencia grave

² Sobre las razones del legislador para la supresión del Libro III del Código Penal, vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, La nueva regulación de las faltas como delitos leves, infracciones administrativas o ilícitos penales tras la reforma penal de 2015, Barcelona, Bosch, 2015, pp. 17 ss.

³ El artículo 621.2 disponía: «Los que por imprudencia leve causaren la muerte de otra persona, serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses».

⁴ El artículo 621.3 establecía: «Los que por imprudencia leve causaran lesión constitutiva de delito serán castigados con pena de multa de 10 a 30 días».

(apartado 1 del artículo 142 y apartado 1 del artículo 152), así como el delito de homicidio y lesiones graves por imprudencia menos grave, que entrarán a formar parte del catálogo de delitos leves (apartado 2 del artículo 142 y apartado 2 del artículo 152 del Código Penal). Se recoge así una modulación de la imprudencia delictiva entre grave y menos grave, lo que dará lugar a una mejor graduación de la responsabilidad penal en función de la conducta merecedora de reproche, pero al mismo tiempo permitirá reconocer supuestos de imprudencia leve que deben quedar fuera del Código Penal. No toda actuación culpable de la que se deriva un resultado dañoso debe dar lugar a responsabilidad penal, sino que el principio de intervención mínima y la consideración del sistema punitivo como última *ratio*, determinan que en la esfera penal deban incardinarse exclusivamente los supuestos graves de imprudencia, reconduciendo otro tipo de conductas culposas a la vía civil, en su modalidad de responsabilidad extracontractual o aquiliana de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, a la que habrá de acudir quien pretenda exigir responsabilidad por culpa de tal entidad».

El recurso del legislador de 2015 apelando al principio de intervención mínima y la consideración del sistema punitivo como *ultima ratio* era quizá el ejemplo más evidente de que la despenalización de muchos tipos había sido diseñada desde perspectivas ideológicas que no atendían precisamente al interés social y posiciones jurídicas que tampoco valoraban la relevancia pública del bien jurídico protegido por la norma, valores que deberían haber sido tomados en cuenta para valorar infracciones como las imprudencias en la conducción de vehículos a motor con resultado de muerte o con lesiones invalidantes. A efectos prácticos, el dejar las viejas faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve a la milenaria acción de responsabilidad extracontractual significaba dejar sin una adecuada y rápida tutela judicial a la inmensa mayoría de los lesionados y familiares de fallecidos particularmente en accidentes de tráfico, obligándoles a litigar, cuando no estuviesen de acuerdo con la indemnización que ofertase la compañía de seguros con abogado, procurador, con su perito médico y previo pago de la tasa judicial parte fija y parte proporcional a la cantidad reclamada.

Esta decisión legislativa no gustó a amplios sectores sociales que se apresuraron a criticar la misma. Desde Jueces para la Democracia se consideraba que esta despenalización beneficiaría a las compañías aseguradoras y perjudicaría a las víctimas de accidentes de tráfico, que con esta reforma verían reducida su protección en el ámbito judicial. Asimismo asociaciones de víctimas de tráfico y asociaciones de automovilistas mostraron su rechazo a esta despenalización porque a partir de la misma «todo se va a tener que sustanciar directa-

mente entre la víctima y las aseguradoras sin intervención del forense, ni el fiscal ni el atestado». Igualmente desde la doctrina se criticó esta decisión. En este sentido Quintero Olivares avisaba que este traspaso a la vía civil va a provocar seguros problemas⁵, mientras que García Albero advertía que acaso por la vía de los hechos consumados se consiga de la jurisprudencia lo que el legislador no se atrevió a hacer en 2007, tipificar como delito todas las imprudencias con resultado de muerte o lesiones muy graves en el tráfico rodado⁶.

No era de extrañar, por tanto, que la enmienda núm. 616 del Grupo Parlamentario Socialista entendiera que: «La supresión del contenido de este artículo (s.c. el artículo 621) obligará a exigir la responsabilidad mediante un procedimiento civil, con la carga que del mismo se deriva de hacer frente al pago de tasas, costas, asistencia jurídica, pruebas periciales y demás gastos que comporta el pleito civil» y añadía, a renglón seguido, que «quien es acusado de un homicidio por imprudencia cuenta con menos garantías de defensa en la jurisdicción civil, pues en dicha jurisdicción no rige, por ejemplo, el derecho a la presunción de inocencia. Finalmente, no puede olvidarse el efecto perverso de ampliación de la imprudencia grave que puede producirse ante los intentos de las víctimas de satisfacer sus pretensiones en la jurisdicción penal»⁷.

La enmienda núm. 144 del Grupo Parlamentario de la Izquierda Plural iba más lejos y proponía introducir la imprudencia leve como delito en los casos de causación de la muerte. La enmienda de adición proponía adicionar un nuevo apartado 5 al artículo 142, que quedaría redactado como sigue:

«5. El que por imprudencia leve causare la muerte de otra persona será castigado con la pena de multa de uno a dos meses.»

Tal decisión se justificaba en que: «No parece que, en este caso, deba dejar de valorarse totalmente el reproche penal, dejando a las víctimas de la infracción el único camino de la vía civil, para demostrar la existencia de la imprudencia en sí y para reclamar las indemnizaciones correspondientes. Se ha de tener en cuenta que tal conducta ya está tipificada actualmente como falta en el artículo 621.2 del Código penal vigente»⁸.

⁵ QUINTERO OLIVARES, Una reforma «para confiar en la Justicia Penal, en Jueces para la Democracia, 60, 2013, p. 2

⁶ GARCÍA ALBERO, *Minima non cura praetor?* Criminalidad de bagatela y política criminal. A propósito del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2012, en Jueces para la Democracia, 59, 2013, pp. 9 ss.

⁷ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados serie A, núm. 66-2, de 10 de diciembre de 2014, p. 413. Vid. asimismo la enmienda núm. 776 del Grupo Parlamentario Socialista, Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 66-2, de 10 de diciembre de 2014, p. 505.

⁸ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 66-2, de 10 de diciembre de 2014, p. 108.

Finalmente, la mayoría absoluta del Partido Popular llevo a que la modificación asumida por la Comisión fuera la presentada por el Grupo Parlamentario Popular a través de sus enmiendas núm. 819 y 820 que proponían incorporar dos nuevos delitos de homicidio y lesiones graves cometidos por imprudencia menos grave.

Con esta determinación, no solo se alejaba nuestro legislador de la orientación de los Códigos Penales de países con una tradición dogmática más próxima a la española, como Alemania, Italia o Portugal, donde el régimen es prácticamente el inverso, sino que también hacía aparecer en escena una nueva modalidad de imprudencia: la imprudencia menos grave, que, lógicamente, habría que empezar a interpretar.

Hasta la reforma de 2015 el procedimiento de faltas por imprudencia era el cauce donde se enjuiciaban la mayoría de los accidentes de circulación, después de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015 muchos accidentes pasaron a la vía civil. A este hecho se unió la aprobación de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, que supuso un cambio muy importante en la reclamación de las indemnizaciones por los daños sufridos como consecuencia de un siniestro. Mediante dicha Ley, se produjo la supresión del auto de cuantía máxima, con el establecimiento de un nuevo y más complejo sistema de exigencia por los daños sufridos por las personas y sus bienes, así como la fijación de los gastos y otros perjuicios.

En el ámbito penal, la reforma de 2015 deparó un incremento del dictado de autos de archivo y, al mismo tiempo, una reducción de la respuesta penal ante los siniestros viales, cuestiones ambas en una línea perjudicial para las víctimas, lo que puso de manifiesto la necesidad de fijar por ley determinados supuestos en los que la imprudencia merecía un reproche penal, bien como imprudencia grave, bien como imprudencia menos grave.

Cuatro años después: año 2019. Todo comienza cuando el 30 de junio de 2017 se publicaba en el Boletín Oficial de las Cortes Generales⁹ la Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor y sanción del abandono del lugar del accidente, presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso. Tras un año

⁹ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie B: Propositiones de Ley, núm. 142-1, de 30 de junio de 2017.

y unos meses de trámite¹⁰ la Proposición veía la luz el día 2 de marzo de 2019 con su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

En efecto, el Boletín Oficial del Estado de 2 de marzo de 2019 publicaba la Ley Orgánica 2/2019, de 1 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor y sanción del abandono del lugar del accidente y que, según consta en su Preámbulo, «responde a una importante demanda social, ante el incremento de accidentes en los que resultan afectados peatones y ciclistas por imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor, y se asienta sobre tres ejes:

1.º La introducción de tres supuestos que se van a considerar imprudencia grave por disposición de la ley, así como una interpretación auténtica de la imprudencia menos grave.

2.º El aumento de la punición de este tipo de conductas.

3.º La introducción del delito de abandono del lugar del accidente».

La reforma de 2019 suponía, entre otras cuestiones, dotar al sistema penal de una mayor seguridad jurídica para poder objetivar conductas que constituirían acciones peligrosas generadoras de riesgo de la imprudencia menos grave, así como llevar a cabo una mayor adecuación de las penas y las conductas merecedoras de reproche penal. Se trataba, mediante esta nueva reforma, de no dejar impunes determinadas conductas que suponían una imprudencia grave o menos grave. Para ello, el apartado 1 del artículo 142 del Código penal disponía: «el que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años», y añadía, a continuación, en un segundo párrafo: «Si el homicidio imprudente se hubiera cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá asimismo la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a seis años. A los efectos de este apartado, se reputará en todo caso imprudencia grave la conducción en la que la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 379 determinara la producción del hecho».

Se introducía un último inciso en este segundo párrafo para reputar imprudencia grave, sin margen alguno de interpretación, la conducción en la que

¹⁰ Sobre la tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica 2/2019, de 1 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor y sanción del abandono del lugar del accidente, Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, *Siniestralidad vial, delitos imprudentes y fuga*, Madrid, Reus, 2019, pp. 11 ss.

concurriese alguna de las circunstancias del artículo 379, esto es, velocidad, alcohol o drogas. Tras la introducción de este inciso en ningún caso se podría derivar a imprudencia menos grave la conducción bajo la influencia de drogas o alcohol o exceso de velocidad. Si hasta la reforma de 2019, el Juez valoraba si la imprudencia había sido grave, menos grave o leve de acuerdo con las circunstancias concurrentes en el hecho, tras la nueva regulación, en cualquiera de los tres supuestos citados, no cabía margen de interpretación y se consideraban siempre imprudencias graves.

El apartado 2 del artículo 142 decía: «El que por imprudencia menos grave causare la muerte de otro, será castigado con la pena de multa de tres a dieciocho meses», para a continuación establecer: «Si el homicidio se hubiera cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se podrá imponer también la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres a dieciocho meses», añadiendo la reforma penal de 2019 el siguiente inciso: «Se reputará imprudencia menos grave, cuando no sea calificada de grave, siempre que el hecho sea consecuencia de una infracción grave de las normas sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, apreciada la entidad de ésta por el Juez o Tribunal».

La redacción final del precepto parece seguir lo dispuesto en el escrito presentado por Stop Accidentes el 16 de octubre de 2017 ante el Congreso de los Diputados, dirigido a todos los grupos parlamentarios con representación en la cámara sobre la reforma del Código Penal y en el que proponía, entre otras modificaciones, «relacionar el concepto de «imprudencia menos grave» con las infracciones que están calificadas como «graves» en la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, para permitir que determinados hechos que son calificados en ese Reglamento como «graves», no puedan quedar impunes penalmente cuando se ha producido, además, un resultado lesivo para una víctima de accidente de tráfico».

Por ello señalaban que en ese apartado 2 del artículo 142 debía añadirse: *«A los efectos de este apartado, se reputará en todo caso como imprudencia menos grave la conducción en la que concurra alguna de las circunstancias calificadas como infracción grave en el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial».*

El legislador asumió el texto del escrito presentado y asoció la imprudencia menos grave con resultado de muerte en la siniestralidad vial a la existencia de una infracción grave del artículo 76 del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial.

Además, a diferencia del delito de homicidio por imprudencia grave del artículo 142.1, que es considerado como un delito de carácter público, el delito de homicidio por imprudencia menos grave era considerado un delito leve perseguible solo mediante la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Quedaba, en definitiva, supeditada la incoación de actuaciones por delitos de homicidio y lesiones causados por imprudencia menos grave a la denuncia del agraviado o de su representante legal.

La reforma del artículo 152, dedicado a las lesiones por imprudencia, era similar a la que experimentaba el artículo 142 sobre el homicidio imprudente, distinguiendo, igualmente, entre la imprudencia grave y menos grave.

El artículo 152 del Código penal en su apartado 1 disponía: «El que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores será castigado, en atención al riesgo creado y el resultado producido:

1.º Con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a dieciocho meses, si se tratare de las lesiones del apartado 1 del artículo 147.

2.º Con la pena de prisión de uno a tres años, si se tratare de las lesiones del artículo 149.

3.º Con la pena de prisión de seis meses a dos años, si se tratare de las lesiones del artículo 150».

El apartado 2 del artículo 152 tipificaba el delito de imprudencia menos grave con resultado de alguna de las lesiones que se contemplan en los artículos 147.1, 149 y 150 al disponer:

«2. El que por imprudencia menos grave causare alguna de las lesiones a que se refieren los artículos 147.1, 149 y 150, será castigado con la pena de multa de tres meses a doce meses.»

Para a continuación en el párrafo segundo establecer: «Si los hechos se hubieran cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se podrá imponer también la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año. Se reputará imprudencia menos grave, cuando no sea calificada de grave, siempre que el hecho sea consecuencia de una infracción grave de las normas sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, apreciada la entidad de ésta por el Juez o Tribunal».

La reforma de 2015 entendió que las lesiones del artículo 147.1 cometidas por imprudencia que no fuera calificada de grave quedaban despenalizadas siendo reconducidas a la vía civil, manteniéndose solo como delito las lesiones

graves por imprudencia grave (artículo 152.1) y las lesiones graves de los artículos 149 y 150 por imprudencia menos grave (artículo 152.2).

Esta decisión legislativa produjo numerosas críticas. Por lo que no es de extrañar que si bien en un principio la Proposición no incluía a los accidentes de tráfico cometidos por imprudencia menos grave cuando en el resultado del mismo se causaren lesiones del artículo 147, esto es, las que requieren para su curación además de una primera asistencia facultativa tratamiento médico quirúrgico, una enmienda introducida casi al final de la tramitación parlamentaria cambió radicalmente la persecución de las lesiones por accidentes de tráfico que volvía de este modo a la vía penal con lo que se recuperaba el tradicional reconocimiento médico forense y se resolvía la despenalización que en seguridad vial había provocado más problemas que soluciones. En su comparecencia en la Comisión de Justicia, el Sr. Bastida ya apuntó: «me parece que a la proposición le falta reintroducir la imprudencia leve, que se sacó en su día del Código Penal»¹¹.

II. LA ÚLTIMA REFORMA EN MATERIA DE HOMICIDIO Y LESIONES IMPRUDENTES EN EL ÁMBITO VIARIO: LA REFORMA DE 2022

A pesar de las reformas de 2015 y 2019, se constató que determinadas conductas, que siendo claramente imprudentes y produciendo resultados graves, quedaban a extramuros del Código Penal, por lo que se insistió en la necesidad de proceder a una nueva reforma del Código Penal para evitar los resquicios de la ley que posibilitaban que se archivase imprudencias menos graves cuando se producían lesiones o muerte tras la comisión de una infracción catalogada como «grave» en el Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, y que, normalmente, los tribunales consideraban «leves» y, por tanto, no generadoras de responsabilidad penal.

Para paliar los problemas detectados, el Grupo Parlamentario Socialista presentó en el Congreso de los Diputados el 22 de julio de 2021 la Proposición de Ley Orgánica de modificación del Código Penal en materia de imprudencia

¹¹ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. XII Legislatura, núm. 376, de 22 de noviembre de 2017, p. 4.

en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor¹², reforma que pasa a calificar la imprudencia como imprudencia menos grave, como mínimo, si concurre una infracción grave de las normas de circulación de vehículos y seguridad vial que produzca la muerte o lesiones relevantes, para ello se procede a modificar los párrafos segundo y cuarto del apartado 2 del artículo 142 y del apartado 2 del artículo 152.

El Boletín Oficial del Estado núm. 221, de 14 de septiembre, publicaba la Ley Orgánica 11/2022, de 13 de septiembre, de modificación del Código Penal en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor¹³. La finalidad de la Ley es, según reza el Preámbulo, «reforzar el espíritu que animó la reforma de 2019 y establecer *ope legis* que, en todo caso, si el juez o tribunal determinan que hubo una imprudencia conduciendo un vehículo a motor o ciclomotor concurriendo una infracción grave de las normas de circulación de vehículos a motor y seguridad vial y, como consecuencia derivada de esta infracción, se produjo la muerte o lesiones relevantes, la imprudencia ha de ser calificada, como mínimo, como imprudencia menos grave, pero nunca como leve si las lesiones son relevantes o se causa la muerte, de modo que se considere objetivamente delito si el causante comete una infracción calificada como grave por el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial».

La citada Ley Orgánica¹⁴ vuelve a tipificar nuevamente como delito las imprudencias menos graves con resultado de muerte o lesiones si se cometieren con vehículo a motor o ciclomotor, poniendo así fin a la situación de impunidad y de indefensión provocada por la reforma de 2015 al despenalizar la práctica totalidad de estas infracciones, calificadas mayoritariamente hasta entonces como faltas.

¹² Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, núm. 179-1, de 30 de agosto de 2021.

¹³ Sobre su tramitación parlamentaria, Vid. ROIG TORRES, Los delitos de homicidio y lesiones causados por imprudencia con vehículo a motor o ciclomotor. La reforma de la LO 11/2022, de 13 de septiembre, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 167 ss.

¹⁴ Vid., muy crítico con la reforma, RODRÍGUEZ LAINZ, Comentario de urgencia a la reforma de los delitos leves por imprudencia menos grave en materia de tráfico en la Ley Orgánica 11/2022, en Diario La Ley, núm. 10141, de 29 de septiembre de 2022, quien acaba su trabajo con un interrogante: ¿realmente era tan necesaria la reforma legal?; en similar sentido, ROIG TORRES, Los delitos de homicidio y lesiones causados por imprudencia con vehículo a motor o ciclomotor, ob. cit., pp. 184 ss., para quien la Ley aprobada adolece de fallos importantes; también MORELL ALDANA, Ley Orgánica 11/2022: el enésimo retoque a los delitos contra la seguridad vial, en Tráfico y Seguridad Vial, núm. 278, 2022, para quien la reforma se ha efectuado con total precipitación, nula consideración a la labor de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y técnica legislativa que convierte algunos párrafos en auténticos fárragos.

En un artículo único la Ley Orgánica 11/2022 procede en primer lugar, a la modificación de los párrafos segundo y cuarto del apartado 2 del artículo 142, relativos al homicidio imprudente, que pasa a tener la siguiente redacción:

Si el homicidio se hubiera cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá también la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres a dieciocho meses. Se reputará en todo caso como imprudencia menos grave aquella no calificada como grave en la que para la producción del hecho haya sido determinante la comisión de alguna de las infracciones graves de las normas de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial. La valoración sobre la existencia o no de la determinación deberá apreciarse en resolución motivada.

Salvo en los casos en que se produzca utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, el delito previsto en este apartado solo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

Comparando la nueva redacción con la anterior se observa que las modificaciones realizadas son: en primer lugar, la pena de privación del permiso de conducir pierde su carácter potestativo y es de obligada imposición o preceptiva, como sucede, por otro lado, con el homicidio por imprudencia grave, por lo que la imposición de esta pena accesoria ya no depende de la gravedad de la imprudencia que causa el resultado de muerte –grave o menos grave-. Como dice el Preámbulo: «En delitos de imprudencia menos grave, se elimina que sea facultativa la sanción de pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores y se dispone que sea preceptiva, como en todos los delitos contra la seguridad vial». Esta modificación es lógica si se piensa que una persona que comete una infracción grave de la normativa de seguridad vial debe ser sancionada con la pérdida del permiso de conducir y porque esta decisión podría acabar con parte de las indeseables consecuencias de la mercantilización de los juicios por delito leve de tráfico; en segundo lugar, ya no se va a exigir denuncia de la persona agraviada o de su representante legal para perseguir estos hechos, lo que facilita la persecución de estas conductas. Si antes de la reforma se configuraba el delito como de carácter privado, perseguible solo mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, la reforma le dota de un carácter semiprivado, puesto que continúa siendo preferente la denuncia del agraviado o de su representante legal, salvo en los casos en que se produzca utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor. Como señala el Preámbulo «los casos en que se produce un resultado de muerte, supone la configuración del delito tipificado en el apartado 2 del artículo 142 del Código Penal como un delito público cuando la causación de la muerte por

imprudencia menos grave se produzca utilizando vehículo a motor o ciclomotor, eliminando en tales casos la exigencia de denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, de modo que la autoridad judicial pueda proceder a investigar los hechos directamente».

La variación frente al precedente normativo que enmienda se reduce realmente a dos componentes: uno nuclear del tipo, el carácter determinante de la infracción de la norma administrativa, no necesariamente norma de deber de cuidado; el segundo, de naturaleza interpretativa, al limitarse la capacidad del juez a valorar precisamente la existencia o no del factor de determinación. El legislador sigue considerando como imprudencia menos grave, la que no siendo grave, consista en una infracción grave de la normativa sobre tráfico y seguridad vial, si bien ello deberá de fundarse en resolución motivada. En la anterior regulación se hablaba de mera apreciación de la entidad de dicha infracción por el juez.

La nueva Ley Orgánica 11/2022 modifica en segundo lugar, los párrafos primero y segundo del apartado 2 del artículo 152, relativas a las lesiones imprudentes, que pasan a tener la siguiente redacción:

2. El que por imprudencia menos grave causare alguna de las lesiones a que se refiere el artículo 147.1, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses, y si se causaren las lesiones a que se refieren los artículos 149 y 150, será castigado con la pena de multa de tres meses a doce meses.

Si los hechos se hubieran cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá también la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres a dieciocho meses. A los efectos de este apartado, se reputará en todo caso como imprudencia menos grave aquella no calificada como grave en la que para la producción del hecho haya sido determinante la comisión de alguna de las infracciones graves de las normas de tráfico, circulación de vehículos y seguridad vial. La valoración sobre la existencia o no de la determinación deberá apreciarse en resolución motivada.

El apartado 2 del artículo 152 del Código Penal castiga la imprudencia menos grave con resultado de lesiones de los artículos 147.1, 149 y 150. Las modificaciones introducidas son: por un lado, se reduce la pena de multa de tres a doce meses, a uno a dos meses, si las lesiones fueran las del artículo 147. En el Preámbulo de la Ley Orgánica se justifica la reducción de la pena de multa con estos términos: «se reduce la pena de multa a uno o dos meses en caso de provocarse por imprudencia menos grave lesiones que necesitan tratamiento médico o quirúrgico que no son invalidantes, pero sí relevantes. Con esa reducción de la pena, la consecuencia es que no sea preceptivo estar asistido de abo-

gado y procurador y que el proceso se juzgue por un juez de instrucción, pero sin menoscabo de todas las garantías para la víctima». Es decir, lo que se persigue, en definitiva, es facilitar el enjuiciamiento rápido de estos hechos.

Por el contrario, se mantiene la misma pena que la regulación anterior, esto es, pena de multa de tres a doce meses, si las lesiones fueran las de los artículos 149 o 150.

Por otro lado, como en el homicidio por imprudencia menos grave, si incluye la obligación de imponer la pena de privación de permiso de conducir vehículos a motor y ciclomotores, ampliando el período de duración de tres meses a un año que pasa a ser de tres a dieciocho meses; y, finalmente, se introduce la necesidad de resolución motivada para apreciar si la infracción grave de las normas de tráfico y seguridad vial han influido en la imprudencia menos grave.

En definitiva, una reforma de anteriores y próximas reformas en el tiempo fruto de la improvisación de un legislador que no cesa de marear a todos los operadores jurídicos con sus «probaturas legales» como denuncia el Dictamen 1/2023, de 24 de julio de 2023 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma operada por la Ley Orgánica 11/2022, de 13 de septiembre, de modificación del Código Penal en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor: «Asistimos nuevamente a una reforma de la regulación penal, entre otras materias, de los delitos de resultado imprudente en el ámbito del tráfico viario, en este caso la llevada a cabo por la Ley Orgánica 11/2022, de 13 de septiembre, de modificación del Código Penal en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor, tras las reformas de calado –y de signo opuesto entre sí– operadas en este ámbito por las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2019, de las que respectivamente se ocuparon los Dictámenes 2/2016 y 1/2021».

CAPÍTULO XLII

JAVIER DE VICENTE REMESAL Y LA FICP: UN MODELO PARA UNA CIENCIA HISPANO-ALEMANA DEL DERECHO PENAL DE IGUAL PESO

A LA VEZ: LAS CAPACIDADES ESPECIALES EN EL SISTEMA DEL DELITO *

JÜRGEN WOLTER

Catedrático emérito de Derecho Penal, Procesal Penal y Teoría del Derecho
Universidad de Mannheim (Alemania)

I. CONSIDERACIONES PERSONALES

En el curso normal de la vida académica o científica a partir de 2020, este artículo habría sido impreso simultáneamente (primero) en alemán en el fascículo 7/2024 del *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (GA). Pues Javier DE VICENTE se habría convertido en Colaborador Permanente de la revista desde 2022, y habría sido homenajeado en calidad de tal en 2024 como tercer penalista español, tras Santiago MIR PUIG (GA 2017, 641-720) y Diego-Manuel LUZÓN PEÑA (GA 2020, 169-280), en Alemania de forma totalmente excepcional. Lamentablemente, sin embargo, en 2021 se produjo «un desvío esencial del curso causal». En este contexto, me complace poder felicitar en todo caso de la forma más cordial y calurosa en su 70.º aniversario a Javier DE VICENTE REMESAL, profesor y penalista de renombre dentro y fuera de su país,

* Traducción de Miguel Díaz y García Conlledo y Diego-M. Luzón Peña.

en todo caso en su gran Libro Homenaje español, con afecto y apego científico y de amistad¹.

Javier DE VICENTE ya había prestado grandes servicios a la revista GA y a la cooperación científica hispano-alemana hasta 2020 a través de su actividad como Presidente de la FICP y de sus innovadores artículos, entre otros, en el Homenaje de GA a MIR PUIG, sobre el consentimiento presunto, y en el Homenaje de GA a LUZÓN sobre «Capacidades especiales e infracción del deber objetivo de cuidado» (esta segunda contribución es también motivo de mis reflexiones en la segunda parte de esta *laudatio*). Sus exposiciones también se incluyeron en los grandes libros homenaje españoles a S. MIR (Presidente de Honor de la FICP)² y D. LUZÓN (Presidente de Honor de la FICP y Director de la revista Foro FICP)³ –con motivo de su respectivo 70.º aniversario y en cada uno con participación alemana⁴– y constituyeron así una contribución más en el diálogo científico hispano-alemán. A ello se añadió, en 2018, el Libro Homenaje español por mi 75.º aniversario publicado como directores por mis amigos Diego LUZÓN y Miguel DÍAZ –a cargo de la escuela de los dos directores y la FICP con, entre otras, una contribución que me dedicó Javier DE VICENTE como Presidente de esta Fundación⁵. En este contexto, constituye un gran honor para mí el ser, desde 2013, socio de honor de la FICP y miembro del Consejo Internacional Científico y de Redacción de Libertas, la revista de la FICP editada por M. DÍAZ (patrono fundador de la FICP) (por la parte alemana, junto con C. ROXIN, B. SCHÜNEMANN y el patrono L. GRECO).

Por estas y otras importantes razones, en 2020, como editor y director de GA, quise pedir a Javier –junto con mi coeditor Wilfried KÜPER– que reforzara el círculo de reputados colaboradores permanentes españoles o hispanos del Archivo (tras MIR PUIG, LUZÓN, SILVA SÁNCHEZ, DÍAZ, CANCIO MELIÁ,

¹ Nos conocemos y apreciamos desde 1995 (!) – desde el Seminario hispano-alemán de D. LUZÓN y S. MIR en Alcalá, en el que fuimos ponentes; al respecto Diego-Manuel LUZÓN PEÑA/Santiago MIR PUIG, *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, 1999.

² En: SILVA SÁNCHEZ *et al.* (Coord.), *Estudios de Derecho Penal. LH-Mir Puig*, 2017; sobre el fallecimiento de Santiago MIR PUIG 06-05-2020 SILVA SÁNCHEZ, GA 2020, 518 ss.; WOLTER, GA 2020, 513 ss.

³ Javier DE VICENTE/Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO *et al.* (Dir.), *LH-Luzón Peña*, Volúmenes I y II, 2020.

⁴ Cfr. mis contribuciones sobre apreciación alternativa (*Wahlfeststellung*) (Libro Homenaje a MIR PUIG 417 ss.) y sobre imputación objetiva (Libro Homenaje a LUZÓN, 1173 ss. = GA 2020, 212 ss.), además de mis *laudationes* a S. MIR (GA 2017, 641 ss.) y a D. LUZÓN (GA 2020, 175 ss. = Libertas 9, 2020, 10 ss.).

⁵ En: Diego-Manuel LUZÓN PEÑA/Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (Dir.), *Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana*, 2018, 153 ss., sobre imputación en el Derecho penal médico, entre otros, en caso de errores en la práctica médica – Reseña del libro por Alaor LEITE, GA 2020, 273 ss. = Indret 3.2020, 618 ss.

ROBLES PLANAS, además de PÉREZ BARBERÁ), durante la «reestructuración» de GA a partir de 2022 con una dirección ampliada. La asociación de Libertas, Foro FICP y GA (así como de Indret con sus responsables SILVA SÁNCHEZ y ROBLES PLANAS) se reforzaría así, el bilingüismo de las publicaciones se ampliaría⁶, la amistad científica se consolidaría.

Desgraciadamente, todo resultó muy distinto en 2021 en GA y al mismo tiempo en ZIS con su coeditor B. SCHÜNEMANN⁷. En cualquier caso, la «nueva GA» ha abandonado en gran medida la cooperación científica hispano-alemana a partir de 2022 (situación a 7/2023). Y: con C. ROXIN, B. SCHÜNEMANN, L. GRECO y conmigo (además de M. ZÖLLER, M. PAWLIK, entre otros), han cesado en GA y ZIS precisamente los cuatro penalistas y profesores de Derecho penal que, como únicos representantes científicos alemanes en Libertas, no tienen «ya a disposición responsable» sus «revistas asociadas» GA y ZIS como editores o colaboradores permanentes.

II. MODELOS EN ESPAÑA

En esta situación, entra en juego la función de modelo a seguir de, por ejemplo, Javier DE VICENTE, la Fundación FICP y los directores D. LUZÓN y M. DÍAZ, además de las revistas Foro FICP y Libertas y sin olvidar la revista Indret. Organizan Congresos *Internacionales* (el último el III Congreso Internacional de la FICP en septiembre de 2022, con acceso *online* y con participación alemana). Continúan los famosos seminarios hispano-alemanes (el último, el XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal en septiembre de 2023 con L. GRECO como uno de los moderadores y J. DE VICENTE como ponente). No destierran a los científicos extranjeros en las grandes jornadas o conferencias a *workshops* (talleres) anticipados o a «*dinner speeches*» («discursos de cena») [como sucedió, sin embargo, recientemente en la *Strafrechtslehrertagung* (Jornada o Conferencia Alemana de Profesores

⁶ Entre otros, Roxin-Festgabe zum 85. Geburtstag (Homenaje a ROXIN por su 85.º aniversario), GA 2016, 233 ss., 497 ss. = Libertas 5 (2016) – número extraordinario monográfico – al respecto LUZÓN/DÍAZ (n. 5), 15 s.; además Luzón-Festgabe (Homenaje a LUZÓN) GA 2020, 169-280 = Contribuciones en parte a la vez en el Libro Homenaje a LUZÓN (n. 3); cfr. además las *laudationes* en GA de DÍAZ y WOLTER a la vez en Libertas 9, 2020, 23 ss., 10 ss.; las reseñas en GA del Libro Homenaje español a ROXIN de 2018 (Dir. LUZÓN PEÑA) a cargo de ROBLES y del Libro Homenaje español a WOLTER de 2018 (n. 5) a cargo de LEITE a la vez en Indret 3.2020, 612 ss., 618 ss.

⁷ Las «despedidas» de GA a finales de 2021 fueron descritas con reservas por M. ZÖLLER, en Libertas 10 (2021), 48, 53 y en Foro FICP 2022-2, 45, 50; WOLTER, GA 2021, 663; cfr. también SILVA SÁNCHEZ, Libertas 10 (2021), 35 s., 38 s. y Foro FICP 2022-2, 32 s., 35 s. – Sobre el fallecimiento de mi amigo Wilfried KÜPER en agosto de 2020 cfr. WOLTER/ESCHELBACH, GA 2020, 577 ss.

de Derecho Penal) en Frankfurt/Main]. En los anuncios o presentaciones de libros –v. gr. en *Libertas*– incluyen también resúmenes en alemán y/o inglés⁸. Proporcionan traducciones completas de publicaciones homenaje o conmemorativas (v. gr., el homenaje a ROXIN en GA 5/2016 y el homenaje a LUZÓN en GA 4/2020)⁹, de artículos (a menudo, entre otros, de ROXIN y FRISCH), de actas o volúmenes de jornadas o conferencias importantes (v. gr., el Simposio de Coimbra y el Simposio de Madrid para ROXIN 1991/1994¹⁰; el Simposio de Mannheim para FRISCH 1993 sobre el sistema global o integral de Derecho penal¹¹). De este modo, ponen en práctica un ejemplo de diálogo científico, cooperación y amistad con equilibrio en importancia y de igual a igual.

Recientemente se ha añadido a todo ello otra vía de integración, que constituye un gran honor para mí y que tiene que ver precisamente con el ya explicado cambio en GA a partir de 2022. Con motivo de mi «despedida» como editor y director de GA tras 20 años de actividad (2002-2021), D. LUZÓN y M. DÍAZ, a través de sus revistas *Foro FICP* (2022-2) y *Libertas* (10, 2021), L. GRECO, a través de la *Revista do Instituto de Ciências Penais* (Brasil), y G. PÉREZ BARBERÁ (con A. VERDE), a través de *En Letra: Derecho Penal* (Argentina), me dedicaron una cuádruple publicación que –con contribuciones muy personales en todo momento de estos directores y con estudios igualmente amistosos de J. DE VICENTE como Presidente de la FICP, así como de J.-M. SILVA, VINCENZO MILITELLO, MARK ZÖLLER, R. ROBLES, P. DE SOUSA MENDES y A. LEITE como todavía (y, en parte, ahora antiguos) colaboradores permanentes de GA– no tiene parangón en su género. Pues esta edición especial única no solo se publica en cuatro revistas extranjeras al mismo tiempo, sino que está redactada en su totalidad y en la misma medida tanto en español como en alemán. De este modo, se hizo posible acceder a los colegas penalistas alemanes sin más *online*. Un paso pionero y valiente (y, evidentemente, también muy costoso) por el que estaré eternamente agradecido a todos los implicados.

⁸ Cfr. solo *Libertas* 3, 2015, 130, acerca de RAGUÉS I VALLÈS, El sistema integral del Derecho penal (cfr. además *infra* n. 11 y el texto del apartado IV.).

⁹ *Supra* n. 6.

¹⁰ GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (Eds.), Omisión e imputación objetiva en Derecho penal, 1994 (en alemán 1995); SILVA SÁNCHEZ (Ed.)/SCHÜNEMANN/DE FIGUEIREDO DIAS (Coords.), Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal, 1995 (en alemán 1995).

¹¹ WOLTER/FREUND (con una introducción de SILVA SÁNCHEZ), El sistema integral del Derecho penal, 2004 (en alemán 1996); cfr. también SILVA SÁNCHEZ, *Foro FICP* 2022-2, 33 = *Libertas* 10, 2021, 37; además *supra* n. 8.

III. CAMINOS HACIA UNA CIENCIA DEL DERECHO PENAL REFERIDA AL CORRESPONDIENTE ÁMBITO JURÍDICO (ESPAÑA/AMÉRICA LATINA/PORTUGAL/ITALIA)

Pero, ¿qué se puede hacer más allá de estos modelos, una vez que ha cesado la estrecha relación con GA y ZIS? En primer lugar, sería útil aumentar las traducciones y el bilingüismo en las reseñas, artículos y libros (precisamente desde Alemania para las obras procedentes del extranjero). Los jornadas, conferencias o congresos de profesores de Derecho penal de Alemania, Austria, Luxemburgo y Suiza podrían abrirse a ponentes del (resto del) extranjero interesados en el diálogo. Utopía y sin embargo ideal sería una fundación en Alemania comparable a la FICP con una revista *online* similar a *Libertas* (e *Indret*). También valdría la pena una reflexión detenida sobre la realización conjunta de propuestas de reforma legislativa para todo el Derecho penal [para el Derecho penal global o integral] sobre temas transversales o generales, siguiendo el ejemplo del «*Arbeitskreis Alternativ-Entwürfe*» (Grupo de Trabajo de Proyectos Alternativos)¹² alemán, austriaco y suizo, mediante la creación de grupos de trabajo conjuntos.

Además, se debería implicar de un modo aún más fuerte a los países inmediatamente cercanos y compañeros Italia y Portugal (además de América Latina) (modélico: Foro FICP 2022-2, 3). Este estrecho círculo jurídico común europeo y de base constitucional (con los idiomas principales *español*, alemán, italiano y portugués) tendría que estar en primer plano (he explicado todo esto con mayor detalle en el Homenaje a LUZÓN GA 2020, 179 ss. = *Libertas* 9, 2020, 16 ss., incluyendo a más países en nuestro círculo jurídico, pero también rechazando una «ciencia mundial» más bien *angloparlante*, especialmente angloamericana, reducida al «mínimo común denominador» –es decir, una ciencia universal internacional del Derecho penal).

Las promociones de estudios secundarios (bachillerato) bilingües¹³ y los doctorados internacionales en Alemania podrían «seguir preparándose». Los tratados –pionero el Tratado, que se encuentra en vías de traducción, de

¹² Al respecto, entre otros, los Proyectos Alternativos (*Alternativ-Entwürfe*), GA 2019, 1 ss.; GA 2014, 1 ss.; GA 2008, 133 ss., con el miembro fundador de los PA (AE) Claus ROXIN.

¹³ P. ej. en el Estado Federado de Baden-Wurtemberg (*Bundesland Baden-Württemberg*): bachillerato anglo-germano.

ROXIN/GRECO para el estrecho ámbito jurídico mencionado¹⁴– y los comentarios¹⁵ podrían tener un efecto adicional.

IV. SISTEMAS Y TEMAS EN UN «DERECHO PENAL GLOBAL O INTEGRAL»

¡Pero esto no es suficiente! España y otros países de nuestro círculo jurídico podrían plantearse ampliar el ámbito de actividad de la Ciencia del Derecho penal más allá del sistema del delito dogmáticamente fundamentado, no solo a la determinación de la pena, sino también al Derecho procesal penal¹⁶. Los profesores de Derecho penal son a menudo también abogados penalistas. La frontera entre causa objetiva de exclusión de la punibilidad y sobreseimiento del proceso, entre no imputación del injusto culpable o causas de exclusión de la punibilidad y renuncia a la pena es delgada (por ejemplo, en el caso de provocación del delito y de la autoinculpación por parte del Estado). La divisoria entre punibilidad y terminación del procedimiento con condiciones e indicaciones (cfr. § 153a StPO [*Strafprozessordnung*, Ordenanza Procesal alemana]) es fina. Además, importantes instituciones jurídicas afectan tanto al Derecho penal como al Derecho procesal penal: la prescripción, la querrela, los concursos, la apreciación alternativa¹⁷ poseen relevancia tanto en el Derecho penal sustantivo (§§ 52 ss., 77 ss. StGB [*Strafgesetzbuch*, Código Penal alemán]), incluida la determinación de la pena, como en el Derecho procesal penal (§§ 261 ss. StPO). A ello se suman la cobertura común de nuestras constituciones comunes y el CEDH [Convenio Europeo de Derechos Humanos], así como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea con sus derechos y libertades, que protegen, p. ej., la dignidad humana y la intimidad o privacidad como bases del Derecho penal sustantivo, del mismo modo que el debido proceso y otros derechos fundamentales relacionados con la administración de justicia. El ámbito nuclear de la configuración de la vida privada como emanación de la dignidad humana afecta a su vez como tal al Derecho sustantivo (por ejemplo, en el caso de las grabaciones clandestinas de imáge-

¹⁴ AT, 5.^a ed., 2020, con amplia valoración de la literatura científica, de, entre otros, España, Portugal América Latina e Italia.

¹⁵ En SK-StGB (dir. WOLTER/HOYER), 10.^a ed., 2023, Anexo al § 55 [*Wahlfeststellung* (apreciación alternativa)] he dedicado un pasaje (nm. 109) al Derecho español –con referencia a contribuciones de, entre otros, RAGUÉS I VALLÈS y VERDE, así como a la jurisprudencia española.

¹⁶ Cfr. n. 8, 11; WOLTER GA 2020, 181 = Libertas 9, 2020, 21, con referencia a LEITE, GA 2020, 273 s., 279 s. = Indret 2020-3, 618 ss.

¹⁷ Cfr. n. 4; WOLTER, GA 2016, 316 ss. = Libertas 5, 2016 (n. 6) y FS-Rogall, 2018, 773 ss.

nes del § 201a StGB alem.), así como al Derecho procesal penal (v. gr. en la limitación de la vigilancia secreta de domicilios y teléfonos según los §§ 100a ss. StPO)¹⁸.

Precisamente esta visión multisectorial conduce también –más allá de todos los problemas importantes de la dogmática jurídico-penal (v. gr. las teorías del bien jurídico jurídico y de la intervención o participación en el delito; de la imputación objetiva y personal, p. ej. también en caso de capacidades especiales; el consentimiento presunto en las operaciones)– a los ámbitos jurídicos comunes del Derecho penal médico y económico, del Derecho de los medios de comunicación y del de asilo. La lucha contra la corrupción, la responsabilidad de las empresas, la legalización de drogas o estupefacientes, el alcance de la eutanasia o ayuda a morir, el uso de inteligencia artificial, la ciberdelincuencia, el terrorismo, los límites de la protección de datos son algunas palabras clave. Estos ámbitos están en continua evolución y sin duda afectan también a la «ciencia mundial». Pero primero requieren una mirada, más allá del sistema del delito y de la determinación de la pena, hacia el Derecho procesal y el Derecho constitucional (quizás incluso hasta hacia el Derecho de policía y el Derecho de los servicios secretos) precisamente en nuestro círculo jurídico. Un «Derecho penal global o integral» de este tipo podría reforzar aún más la cohesión en ese círculo jurídico.

V. UTOPIÁS, VISIONES, DESEOS, REALIDADES

No obstante, en última instancia comparto –con independencia de las ilusiones o deseos y realidades concretos mencionados– la valoración básica de J.-M. SILVA: «[La academia alemana] seguramente, no tuvo nunca la voluntad real de formar una comunidad científica igualitaria con el mundo latino»¹⁹. Pero –más allá de la academia en su conjunto: la comunidad germano-española/portuguesa/latinoamericana/italiana más pequeña descrita en la presente contribución, con su notable potencia lingüística y su capacidad de impacto académico, debería continuar transitando consecuentemente por los caminos emprendidos. Y a uno de estos caminos (reales) pertenece en primera línea el diálogo académico continuo sobre la dogmática jurídico-penal internacional en el sistema del delito con su centro de injusto y culpabilidad.

¹⁸ Vgl. además WOLTER, GA 2017, 643 con n. 14 (*laudatio* a S. MIR PUIG).

¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, Libertas 10, 2021, 36 y Foro FICP 2022-2, 33.

VI. CAPACIDADES ESPECIALES EN EL SISTEMA DEL DELITO

En este contexto, el tema de las «capacidades especiales e infracción objetiva del deber de cuidado» presentado por Javier DE VICENTE es precisamente una buena oportunidad. El problema del alcance de estos criterios está en gran medida sin resolver en España y Alemania. La clasificación sistemática también está en gran medida aún poco aclarada. La casualidad ha querido que ambos hayamos tratado la temática general (mi tema: imputación objetiva objetiva en un sistema de delito de doble vía) en el Libro Homenaje español a D. LUZÓN (a la vez en alemán en el correspondiente Homenaje de GA). Y mi propia historia ha querido que una de mis primeras contribuciones en GA en 1977 (!) –hace casi medio siglo y ya entonces en el *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*– tratara sobre la adecuación y las capacidades especiales. Quisiera abrir el diálogo dogmático entablado al respecto, que Javier sostiene en relación con los delitos comisivos imprudentes y que yo extendiendo a los delitos comisivos de resultado dolosos, con cuatro tesis. De estas observaciones se desprenden, pues, las grandes coincidencias y las escasas diferencias entre nosotros²⁰.

1. Las capacidades especiales como parte de la adecuación (cognoscibilidad objetiva; pretendibilidad objetiva) en el tipo objetivo-subjetivo de injusto

Como ya he explicado, entre otros lugares, en el Homenaje a LUZÓN en GA²¹, al menos en los delitos comisivos de resultado dolosos e imprudentes, las capacidades especiales del sujeto –como los conocimientos especiales²² y las capacidades sensoriales²³– forman parte de la adecuación y, por tanto, de la pretendibilidad (o finalidad) *objetiva* subjetivamente acompañada (cognosci-

²⁰ Prescindiendo de nuestras contribuciones, incluida GA 1977, 257 s., se encuentran amplias pruebas [de ellas], que aquí no pueden exponerse de manera completa, en las obras de referencia ROXIN/GRECO, 5.ª ed. 2020, §§ 11, 24 y SK-StGB (Dir. WOLTER), 9.ª ed., 2017, en HOYER en el Anexo al § 16. Por supuesto, Javier ha tenido en cuenta mi contribución en GA 1977 (DE VICENTE GA 2020, 202 n. 27 = LH-Luzón, 2020, 613 n. 47).

²¹ GA 2020, 213, 215, 217, 220 s. con esquema = LH-Luzón, 2020, 1179 ss., 1183; cfr. también WOLTER GA 1977, 261, 269 ss.

²² DE VICENTE, GA 2020, 194, 200 = LH-Luzón, 2020, 597 ss.; WOLTER, GA 1977, 269 (también sobre las dificultades de delimitación); ROXIN/GRECO, § 11 nm. 57; § 24 nm. 62 (ahí también sobre la objetivación adecuada al sistema de los conocimientos especiales). Cfr. además n. 44.

²³ WOLTER, GA 1977, 269.

bilidad objetiva)²⁴. Ciertamente, es dogmáticamente concebible sin más —especialmente en el caso de los delitos imprudentes— llevar la adecuación junto con la causalidad, de un lado, y el «fin de protección de la norma»²⁵ (entre otros, los ámbitos jurídicos del principio de confianza y de la división del trabajo²⁶, así como de la heteropuesta en peligro consentida/autopuesta en peligro por propia responsabilidad²⁷), por otro, a un criterio general de imputación de «creación de peligro no permitido»²⁸; de ese modo se tendría un avance y ulterior desarrollo de la anterior teoría de la relevancia, en aquel momento aún no elaborada²⁹. Pero, en el caso de los delitos dolosos, se estaría pasando por alto que el dolo se puede referir en toda su extensión («conciencia completa o plena») sin más a la (posible) causalidad y a la (posible) adecuación más bien fáctica³⁰, mientras que el criterio totalmente normativo del fin de protección de la norma puede, en el mejor de los casos, «arreglárselas» con un dolo rebajado (como puede ser en el sentido de la valoración paralela en la esfera del profano; co-conciencia; conciencia material o del sentido material). Pues, ¿qué sujeto reflexiona en el momento del hecho sobre las más difíciles cuestiones valorativas, p. ej. en los casos de responsabilidad propia en autopuestas en peligro o de prohibición de regreso?³¹.

Más exactamente, el elemento-global autónomo de la adecuación con las capacidades especiales individuales no afecta *solamente* a la imputación objetiva³², sino que pertenece a la categoría de la imputación objetivo-subjetiva (personal) a la tipicidad³³. Las habilidades y capacidades especiales, por otra parte, tampoco constituyen una piedra básica en el edificio de una teoría estrictamente individualizante del ilícito (o injusto) y de la culpabilidad (sobre ello *infra* 2 y 3). Ambas afirmaciones deben ser explicadas:

Una «imputación objetivo-objetiva» estrictamente va referida a terrenos que son posteriormente enjuiciados (por el juez) en el sentido de un *diagnóstico* objetivo, no en el sentido de un pronóstico posterior en el momento *ex ante*

²⁴ WOLTER GA 1977, 257.

²⁵ WOLTER GA 2020, 217, 220 (con esquema) = LH-Luzón, 2020, 1180, 1183.

²⁶ Con mayor detalle ROXIN/GRECO, § 24 nm. 14 ss., 25, 27.

²⁷ Con mayor detalle WOLTER GA 2020, 215 con n. 25 (con referencia a LUZÓN) = LH-Luzón, 2020, 1178.

²⁸ Con mayor detalle ROXIN/GRECO, § 11 nm. 53 ss.; § 24 nm. 11, 14 ss.

²⁹ ROXIN/GRECO, § 11 nm. 43; WOLTER, GA 1977, 257 ss.

³⁰ Naturalmente con «una nota o matiz normativo» ya ante la cuestión parcial de las capacidades especiales; WOLTER, GA 1977, 261; en general, p. ej., RUDOLPHI, JuS 1969, 552.

³¹ Sobre todo ello WOLTER, GA 2020, 216 = LH-Luzón, 2020, 1178.

³² Como p.ej. en los riesgos socialmente adecuados y mínimos; v. al respecto WOLTER, GA 2020, 214, 220 (con esquema) = LH-Luzón, 2020, 1176 s., 1183 con cita de la obra de LUZÓN.

³³ WOLTER, GA 1977, 264 y GA 2020, 215, 217, 220 = LH-Luzón, 2020, 1178, 1180, 1183. Mi concepción mantenida en GA 1977, 264, que también incluía el «fin de protección de la norma» en la imputación objetivo-objetiva (sobre ello a continuación en el texto corresp. a la n. 34), la he abandonado.

de la conducta del sujeto. A este campo pertenecen entre otros los problemas, no calculables en absoluto anticipadamente, de la imputación del resultado con la cuestión que conlleva del nexo de riesgo tras concluir la conducta del sujeto (por ejemplo, tras la tentativa acabada idónea), o aparte de ello, la desviación causal y el incremento del riesgo. El sujeto puede abandonar su plan/dolo tras acabar la tentativa y el correspondiente siguiente nexo de riesgo tampoco tiene por qué ser abarcado totalmente a fondo por el dolo (o por imprudencia subjetiva)³⁴. La cuestión no depende de saberes o conocimientos especiales o de capacidades especiales. Y además: En el caso de desviación real del curso causal y en el de conducta alternativa hipotética el dolo o bien está consumido (desviación causal) o forzosamente no existe (curso causal hipotético en caso de incremento del riesgo). El juez *aprovecha a posteriori* en el sentido de un diagnóstico criterios valorativos estrictamente objetivos (p.ej., «comparabilidad [equiparabilidad] normativa» de los cursos causales o respectivamente desviación «esencial» a causa de otra «valoración del hecho»; «incremento del riesgo inesencial o relevante»), para imputar objetivamente «al hecho doloso total (planeado y ejecutado)»³⁵.

En cambio, en las cuestiones de causalidad, adecuación y fin de protección en caso de creación real de peligro es distinta la situación. Para poder imputarle al sujeto en su totalidad la tipicidad objetiva descrita, es decir, la creación de peligro no permitida, en esa medida ha de podersele acreditar *ex ante* dolo (completo o en todo caso limitado) o, respectivamente, cognoscibilidad subjetiva respecto de esos elementos. Sólo entonces tiene sentido una norma penal de conducta, sólo así puede establecerse la conducta del sujeto como ilícito o injusto (culpable)³⁶.

Ahora bien, sin embargo, a la adecuación (objetiva) o respectivamente a la creación de peligro objetivamente-no permitida pertenecen también hasta un cierto grado las capacidades especiales individuales del sujeto³⁷. Esto rige como mínimo para aquellas capacidades especiales que se pueden abarcar por la vía de una estandarización. Así por ejemplo, el § 630a del BGB (CCiv) alemán en caso de contratos de tratamiento médico de que «el tratamiento ha de

³⁴ Cfr. tb. GRECO, GA 2018, 539 ss.

³⁵ Sobre todo ello WOLTER, GA 2020, 215 ss., 218 n. 36, 37 (la n. 37 no está en el LH-Luzón) con criterios respecto de estas cuestiones valorativas y refiriéndome entre otras a la sent. BGHSt 7, 329. Allí (GA 2020, 217 s., 222 = LH-Luzón, 2020, 1178 ss., 1185) tb. sobre el problema especial del ilícito (injusto) objetivo del riesgo como primario ilícito o injusto del resultado.

³⁶ Dolo/cognoscibilidad subjetiva poseen a este respecto una doble función en ilícito o injusto y culpabilidad. La norma de conducta abarca únicamente la creación de riesgo, en caso de dolo el intento o tentativa (acabada, idónea o inidónea); para más detalles WOLTER, GA 2020, 222 = LH-Luzón, 2020, 1186.

³⁷ En esa medida existe entonces también saber o poder saber.

realizarse conforme al estándar existente en el momento del tratamiento y reconocido de modo general es esa especialidad». El Código de Comercio alemán habla en el § 347 del comerciante «ordinario», y la GmbHG (Ley de Sociedades de responsabilidad limitada) en su § 43, del hombre de negocios «ordinario». También en otros campos hay normas jurídicas y reglamentaciones [StVO alem. = Ordenación del tráfico vial (*Straßenverkehrsordnung*), preceptos para evitación de accidentes, normas DIN, etc.]³⁸. Lo que importa es el «ordinario y razonable participante» del correspondiente sector del tráfico –en el tráfico viario, en el ámbito clínico, en la vida económica–, en el que se desarrolla el acontecimiento³⁹. El médico ayudante en el centro clínico debe ajustarse al estándar en su caso incrementado del médico especialista⁴⁰. El conductor principiante debe ajustarse a la práctica conductora del experimentado participante en el tráfico (las aquí denominadas «*capacidades promedio estandarizadas*»).

Ese baremo *objetivo-abstracto* rige en el Derecho civil –sin tomar en consideración referencias subjetivas– por razones de la protección de la confianza. Uno tiene que poder fiarse como mínimo p. ej. del poder o capacidad general de un médico especialista que continúa formándose en un centro clínico de ciudad. En Derecho penal ciertamente a ello ha de añadirse, como ya se ha dicho, el dolo típico/la cognoscibilidad subjetiva del tipo, para poder fundamentar con todo ello el ilícito o injusto y la culpabilidad. Pero el baremo objetivo estandarizado de la adecuación –enriquecido con las capacidades promedio del sujeto en ese sector del tráfico– sigue siendo necesario, con independencia ya del enfoque de la formación de confianza y de teoría del comportamiento o conducta, para lograr prevención general en el sentido de ejercitarse en la fidelidad y confianza hacia el Derecho, garantizar la igualdad y obtener puntos de apoyo para medidas de seguridad y corrección así como para condenas por el § 323a StGB alem. [ponerse dolosa o imprudentemente en un estado de embriaguez alcohólica o por drogas que haga cometer inimpuntablemente un delito]⁴¹. En cambio, las teorías estrictamente individualizantes no son capaces de dar satisfacción a estas exigencias (con más detalles *infra* 2. y 3.)

³⁸ Para más detalles GRÜNEBERG, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 81.ª ed., 2022, § 276 nm 18; ROXIN/GRECO, § 24 nm 18 ss.

³⁹ WOLTER, GA 1977, 266. Cuestión distinta es la de hasta qué punto a personas particulares (fuera de los correspondientes sectores de tráfico y de la protección de la confianza general, y más allá de la presión para cotinuar formándose) se les puede imputar el no emplear o no conseguir capacidades especiales (sobre ello WOLTER, GA 1977, 270).

⁴⁰ GRÜNEBERG/WEIDENKAFF, *Bürgerliches Gesetzbuch*, § 630a nm. 10.

⁴¹ WOLTER, GA 1977, 265.

A esta estandarización de capacidades pertenecen también a mi juicio aquellas capacidades especiales superiores al promedio que el sujeto puede poner en juego sin un esfuerzo considerablemente mayor o que para el sujeto no suponen un aumento sustancial de exigencias (aquí las llamadas «*capacidades especiales superiores a la media [o al promedio] estandarizadas*»)⁴². Esta vaga fórmula puede concretarse –en todo caso en su límite superior– con el elemento de la exigibilidad, que conocemos v.gr. desde la dogmática y el reconocimiento legal de los delitos omisivos impropios y propios (cfr. p. ej. los criterios recogidos en el § 323c StGB alem. [omisión del deber de socorro]: «sin peligro propio considerable y sin infracción de otros deberes importantes»). O con otros ejemplos:

Un cirujano de una clínica universitaria que, por encima del saber promedio del médico especialista y de las correspondientes capacidades (§ 630a BGB alem.) y gracias a experiencia o aptitud, posee conocimientos especiales sobre un curso extraordinario de las venas en determinados pacientes o (sin ese saber) capacidades especiales para la rápida superación de otro tipo de amenaza de lesión vascular, ha de aprovechar esas disponibilidades siempre que se cumplan los indicados presupuestos del esfuerzo mayor no considerable y del aumento no sustancial de exigencias⁴³ («capacidades especiales estandarizadas aumentadas» gracias a experiencia, aptitud, o en su caso también gracias a un saber especial⁴⁴). Si no lo hace, comete activamente en el sentido de ilícito (injusto) y culpabilidad un hecho punible.

Distinto es lo que ha de regir en el extremo de las «*capacidades especiales superiores a la media [o al promedio] no estandarizadas*». El cirujano cardiaco extraordinariamente dotado, que con un sumo esfuerzo –en su caso descuidando otros deberes importantes o el servicio de urgencias en su hospital– y con un considerable estrés corporal (quizás al acabar una guardia nocturna), puede (*ex ante*) salvar posiblemente al paciente con una costosa y complicada operación, pero no emprende tal operación, es decir, que en el caso concreto opera solo con un «*estándar superior a la media [o al promedio]*», no actúa de modo objetivamente ilícito y su conducta *en todo caso* no será punible

⁴² Cfr. ya WOLTER, GA 1977, 269 n. 112, con remisión a SCHÜNEMANN JA 1975, 514 s.

⁴³ Cfr. tb. GRÜNEBERG/WEIDENKAFF, § 630a nm. 10, con remisión a BGH NJW 1997, 3090.

⁴⁴ Los límites entre capacidades (muy) superiores al promedio y saberes especiales se difuminan parcialmente; son intercambiables y de ese modo están en un mismo nivel (al respecto v. WOLTER, GA 1977, 269 con n. 116; cfr. tb. el ejemplo recién expuesto en el texto correspond. a n. 43). Las reflexiones complementarias de DE VICENTE (GA 2020, 200, sobre capacidades adquiribles o innatas) pueden conducir en su caso a dificultades de delimitación en el supuesto de talento/aptitud y su ulterior desarrollo.

por un *delito comisivo*⁴⁵ (para más detalles v. 2. *in fine*, tb. sobre la zona que queda entre el límite inferior y el superior).

2. Rechazo de las teorías individualizantes en caso de capacidades especiales superiores al promedio (y delitos de omisión)

Las dos teorías individualizantes⁴⁶ –o bien de forma continua «hacia arriba y hacia abajo» o bien limitadas hacia arriba a las capacidades especiales superiores al promedio, mientras que consideran que en las inferiores al promedio deben regir básicamente las reglas expuestas antes en 1.– deben ser rechazadas. No se puede lícitamente exigir siempre un rendimiento máximo – aunque también pueda ser básicamente acertado que se esté obligado a evitar una lesión del bien jurídico⁴⁷. Por eso lo que realmente se puede hacer tampoco es preguntar hipotéticamente si un ciudadano medio habría usado y aprovechado tales capacidades especiales⁴⁸, sino preguntar más cautelosamente si el médico ha empleado el estándar de cuidado necesario en la praxis médica o por el contrario –p. ej. teniendo capacidad de rendimiento máximo– lo ha desatendido⁴⁹.

La vía de escape muy frecuentemente propuesta (tb. por mí en GA 1977, 271) de calificar como *delito omisivo* no conduce a nada, en todo caso en el ejemplo últimamente mencionado del especialista cardiólogo genial. «El omitir» precisamente no «corresponde a la realización del tipo legal mediante un hacer» (como reza el tenor del § 13 StGB sobre los delitos omisivos impropios como hechos punibles de resultado); aparte de ello, en todo caso aquí ya no habría una realización adecuada/objetivamente pretendible de un tipo legal mediante comisión (v. *supra* 1. *in fine*). Y además la (necesaria) prestación de socorro sería para el médico (p. ej. conforme al § 323c StGB) ya objetivamente no exigible⁵⁰. –La zona restante entre los casos de aplicación de las «capacidades

⁴⁵ De otra opinión SCHÜNEMANN, FS-Schaffstein, 1975, 116 s.; en contra DE VICENTE, GA 2020, 199. En el caso de un conductor de *rallies* moviéndose en el tráfico viario normal (ejemplo de ROXIN/GRECO, § 24 nm. 61) sólo aparentemente es igual la situación ante una eventual puesta en juego del poder máximo: pues aquí de lo que se trata es de una reacción espontánea (en su caso incluso «automática»); y el conductor quiere también protegerse a sí mismo de una lesión.

⁴⁶ Amplias referencias en ROXIN/GRECO, § 24 nm. 53 ss.; SK-StGB/HOYER, apéndice (Anhang) § 16 nm. 13 ss., 22 ss., 100.

⁴⁷ ROXIN/GRECO, § 24 nm. 62.

⁴⁸ Básicamente DE VICENTE GA 2020, 200, si bien ciertamente con restricciones (200 s.) = LH-Luzón, 2020, 608 s.

⁴⁹ De modo indiferenciado en el § 276 ap. 2 BGB alem.

⁵⁰ De modo general FISCHER, Strafgesetzbuch, 69.ª ed., 2022, § 13 nm. 80 ss.

especiales superiores al promedio estandarizadas» (supra 1.) y el mencionado caso de la inexigibilidad es entonces el dominio en todo caso de la omisión de socorro con arreglo al § 323c StGB alem. o de otros delitos de omisión propios como meros hechos punibles de inactividad, pero no –por falta de adecuación/prestabilidad objetiva– de los delitos omisivos impropios de resultado.

3. Rechazo de las teorías individualizantes en caso de capacidades inferiores al promedio (y de hacerse culpable por asunción)

A la inversa, el sujeto capacitado por debajo del promedio comete un ilícito o injusto objetivo con su aspecto parcial de la adecuación – por mucho que desaparezcan el ilícito o injusto subjetivo y la correspondiente culpabilidad⁵¹. La vía de escape que siempre queda a través del *hacerse culpable por asunción* (el «ilícito o injusto culpable en virtud de asunción») es como mínimo desafortunada e inoportuna para la teoría estrictamente individualizante, ya que ante un hecho así las exigencias han de orientarse al sector objetivo del tráfico que precisamente se ha rechazado (v. para más detalles supra 1. con ulterior argumentación)⁵².

4. Carácter de infracción del cuidado debido como elemento «que sirve»

La contrariedad al cuidado o carácter de infracción del cuidado debido, por encima de todas las discusiones, es en el contexto dado a lo sumo un elemento que sirve, que ayuda, pero en último término superfluo en comparación con el de la adecuación/prestabilidad objetiva (cognoscibilidad objetiva: supra 1.)⁵³. En los supuestos de capacidades estandarizadas y capacidades especiales se trata, no de la desatención pasiva (pero cfr. § 276 ap. 2 del BGB alem.), sino de la vulneración *activa* del cuidado requerido en el tráfico⁵⁴. Y lo decisivo no es tampoco la vulneración de reglas abstractas (normas técnicas, reglamentaciones para prevenir accidentes), sino la creación de un concreto

⁵¹ DE VICENTE, GA 2020, 197 = LH-Luzón, 2020, 601 s.; ROXIN/GRECO, § 24 nm. 56.

⁵² DE VICENTE, GA 2020, 198 = LH-Luzón, 2020, 606; WOLTER, GA 1977, 266.

⁵³ Para más detalles ROXIN/GRECO, § 24 nm. 12; WOLTER, GA 1977, 267 ss.; pero cfr. tb. DE VICENTE, GA 2020, 201 s. = LH-Luzón, 2020, 610 ss.

⁵⁴ WOLTER GA 1977, 268 con referencias en n. 105; cfr. además ROXIN/GRECO, § 24 nm. 12 (también acerca de lo que sigue).

peligro no permitido en el sentido de posible causalidad, adecuación y ajustarse al fin de protección de la norma (para más detalles *supra* 1.).

VII. DEDICATORIA

Con esto llego al final de mi intervención en nuestro diálogo científico. Te dedico, querido Javier, esta pequeña combinación de *laudatio* y aportación material dogmática y de política científica lleno de gratitud por tu constante afectuosa atención y con un especial reconocimiento de tus grandes méritos como docente penalista y como Presidente de la Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP) – un modelo y ejemplo para una ciencia del Derecho penal hispano-alemana de igual peso, de igual a igual y mantenida entre *partenaires*.

III. DERECHO PENAL. PARTE GENERAL:
CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO.
DERECHO PENITENCIARIO

CAPÍTULO XLIII

LA RELEVANCIA JURÍDICO-PENAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN: UN CRITERIO PARA LA APLICACIÓN DE GARANTÍAS

LORENA ALEMÁN ARÓSTEGUI
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Penal.
Universidad Pública de Navarra, Pamplona

I. EL TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN

Tradicionalmente, la ejecución de la pena de prisión ha ocupado un lugar marginal en el estudio jurídico-penal. Los tipos de penas y su determinación judicial cuentan con un espacio, pero, a partir de la pena concreta, desaparece casi por completo la perspectiva jurídico-penal en el estudio de la pena de prisión. Parte de la doctrina ha hecho referencia a esta cuestión, señalando que, en el análisis jurídico-penal, la ejecución de la pena de prisión es un ámbito «preterido»¹, que se ha dejado en el «olvido»², «abandonado»³, o incluso, que se ha tratado con «desprecio»⁴.

¹ REVIGIERO PICÓN/BRAGE CAMAZANO, La ejecución de las penas privativas de libertad en España, en: *Revista Boliviana de Derecho*, 8, 2009, p. 148.

² RODRÍGUEZ SÁEZ, El derecho de defensa y de asistencia letrada en la fase de ejecución de las penas privativas de libertad: Un análisis del deber ser, en: RIVERA BEIRAS (coord.), *Cárcel y derechos humanos: un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*, 1992, p. 197; MATA Y MARTÍN, El principio de legalidad en el ámbito penitenciario, en: *RGDP*, 14, 2011, p. 150.

³ CUTIÑO RAYA, *Fines de la pena, sistema penitenciario y política criminal*, 2017, p. 11.

⁴ BURILLO ALBACETE, El nacimiento de la pena privativa de libertad, 1999, p. 144. En el mismo sentido, MATA Y MARTÍN, La pena y su ejecución: la integración del Derecho penitenciario en el sistema penal, en: *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, vol. 45, año 26, 2018, p. 368.

De modo que se advierte una especie de «penumbra»⁵ en la aproximación jurídico-penal a la ejecución penitenciaria.

El objetivo de esta contribución es abordar esta cuestión, las posibles causas de este déficit en el tratamiento jurídico-penal de la ejecución penitenciaria, y señalar los motivos por los que se considera que la ejecución de la pena de prisión debería ser un objeto de análisis destacado en el ámbito penal, aportando un criterio de relevancia jurídico-penal al efecto.

1. El tradicional olvido de la ejecución de la pena de prisión

¿Cuáles son los motivos de la escasa atención a la ejecución de la pena de prisión desde el ámbito penal? ¿Cómo se concibe desde el Derecho penal la ejecución de la pena de prisión para que, en consecuencia, no se la considere un objeto relevante en el análisis de la intervención penal?

La primera cuestión que emerge cuando se formulan los interrogantes anteriores es que se trata de preguntas que ni siquiera han sido (casi) formuladas. La mayoría de la doctrina penal simplemente entiende *pacíficamente* que es un ámbito que queda –al menos, parcialmente– fuera de su competencia, y no existe una discusión en torno a esta cuestión, lo cual resulta ya muy significativo. Como consecuencia de esta falta de atención, es difícil encontrar análisis jurídicos sólidos y argumentados sobre qué se entiende por ejecución de la pena de prisión, y habitualmente se mezclan referencias a la ejecución penal –en general–, a la ejecución de la pena de prisión –en particular–, a la relación jurídica penitenciaria o al Derecho penitenciario.

Por su parte, la doctrina penitenciarista ha llevado a cabo un desarrollo teórico sobre la consideración de la ejecución de la pena de prisión, haciendo referencia a la existencia de tres tesis sobre la ejecución⁶: la *tesis administrativa* (concibe la ejecución como una «actividad netamente administrativa»), la *tesis procesalista* (entiende la ejecución como continuación del proceso penal) y la *tesis ecléctica* (se diferencian dos aspectos, la ejecución en sentido estricto, cuya naturaleza es jurisdiccional, y el cumplimiento, de naturaleza administrativa). La mayor parte de la doctrina asume la tesis ecléctica. Así, Nistal Burón considera que, en el marco de la ejecución de la pena de prisión, se desarrollan tres tipos de actividades: a) la ejecución de la pena, que consiste en

⁵ LANDA GOROSTIZA, Ejecución de penas y principio de legalidad ante el TEDH. A propósito del caso del Río Prada c. España, STEDH, 3.ª, 10.07.2012 (42750/09) y la aplicación de la doctrina Parot, en: *InDret*, 4/2012, p. 93.

⁶ FERNÁNDEZ ARÉVALO/NISTAL BURÓN, *Derecho penitenciario*, 2016, pp. 100.

«hacer cumplir las penas privativas de libertad en la forma prevista por las leyes y los reglamentos, ordenando el ingreso del penado y su retención y custodia», y es «estrictamente jurisdiccional –art. 117.3 CE–»; b) el cumplimiento de la condena, que consiste en «materializar la retención y custodia de los penados, así como su reeducación y reinserción social», y es «puramente administrativa»; y c) el control jurisdiccional de la actividad penitenciaria, que consiste en «cuidar que la actividad de las Instituciones penitenciarias sea respetuosa con los derechos fundamentales de los internos no afectados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena, ni por la ley penitenciaria; vigilando que dicha actividad se desarrolle en los estrictos términos fijados legalmente, sometiéndose a los fines que le son asignados»⁷.

Desde esta perspectiva, en el cumplimiento de la pena de prisión, se otorga un gran protagonismo a la Administración penitenciaria y se da centralidad a la relación jurídica penitenciaria entre la Administración penitenciaria y la persona privada de libertad⁸. Ello hace que el cumplimiento de la pena de prisión tienda hacia su *administrativización*⁹, y se vuelva extraño, e incluso, ajeno al Derecho penal; y esto contribuye a que se asuma que los principios limitadores y las garantías propias del ámbito penal no se apliquen o lo hagan en menor medida en la fase de ejecución¹⁰.

⁷ NISTAL BURÓN, La víctima en el Derecho Penitenciario, 2019, p. 204.

⁸ GARCÍA VALDÉS, Derecho Penitenciario (Escritos, 1982-1989), 1989, p. 19: el «elemento fundamental del contenido del Derecho penitenciario es el estatuto jurídico del recluso, que integra la contraprestación recíproca de derechos y obligaciones entre los internos y la Administración Penitenciaria».

⁹ HORVITZ LENNON, La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigilancia del Estado de derecho o estado de naturaleza?, en: Política Criminal, vol. 13, núm. 26, 2018, p. 911; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, El Derecho penitenciario, en: DE VICENTE MARTÍNEZ (dir.), Derecho penitenciario: enseñanza y aprendizaje, 2.ª ed., 2023, p. 34.

¹⁰ Se ha posicionado en contra: MAPELLI CAFFARENA, Criminología crítica y ejecución penal, en: Poder y control, núm. 0, 1986, p. 176: «históricamente el brazo ejecutor de la justicia aparece distanciado por su naturaleza jurídica del sacralizado aparato judicial, y de esta forma este último reforzaba ante la comunidad su imagen de independencia respecto de las imperfecciones y miserias que rodeaban la ejecución de la pena»; «cuanto más nos acercábamos a los extremos inicial y final del sistema, mayores eran los márgenes de arbitrariedad y autonomía de las instancias responsables, y para ello nada mejor que el mecanismo administrativo»; BENITO LÓPEZ, La quiebra de la finalidad resocializadora de la pena, y la resurrección de la prisión por deudas, en: AA. VV., Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, 2005, p. 108: «No podemos pretender que la simple correlación teórica entre lo que consideramos delito y la pena que le corresponde, sea lo único que integra el derecho penal, y luego la ejecución de dicha pena con las graves consecuencias que ello implica, lo dejemos sin más en manos de la Administración penitenciaria, y digamos que no es materia estrictamente penal, privando con tal afirmación y sin ningún motivo legal a la ejecución penal, de gran parte de los principios y garantías constitucionales que le están asignados»; QUINTERO OLIVARES, La relación jurídica entre el Estado y las personas privadas de libertad, en: MAQUEDA ABREU/MARTÍN LORENZO/VENTURA PÜSCHEL (coords.), Derecho Penal para un estado social y democrático de derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, 2016, p. 338: «La relación entre los presos y el Estado no tiene una naturaleza jurídica única de carácter administrativo, sino que es también y prioritariamente un problema del Derecho penal. La decisión sobre un tercer grado penitenciario o sobre un permiso de salida, por citar solo dos ejemplos, está sometida a las reglas del Dere-

La centralidad que se le otorga a esta relación administrativa desvía la atención de la actividad que se está realizando y que la contiene: la ejecución del castigo penal, es decir, la realización del *ius puniendi* del Estado. En mi opinión, debería ser al revés: la relación jurídica penitenciaria no debería analizarse como el contenido elemental del cumplimiento de la pena de prisión del que se derivan sus características y dinámicas; sino que, al abordar la relación jurídica penitenciaria, debería partirse siempre de la premisa de que se trata de una relación administrativa que se produce y desarrolla en el seno de la ejecución del castigo penal¹¹.

Sin embargo, no solo el cumplimiento de la pena de prisión parece reducirse a esta relación administrativa, sino que lo que todavía contribuye más a que el Derecho penal no se ocupe del ámbito penitenciario y no se apliquen sus garantías limitadoras es que dicha relación se ha considerado tradicionalmente una *relación de sujeción especial*¹².

2. La relación jurídica penitenciaria como una relación de sujeción especial

El particular y restrictivo contexto punitivo en el que se desarrolla la relación jurídica penitenciaria hace que exista un gran desequilibrio entre las partes –la persona privada de libertad se encuentra en una posición de dependencia respecto de la Administración penitenciaria–, y esto, tradicionalmente, ha dado lugar a su consideración como una *relación de sujeción especial*. La *doctrina de las relaciones de sujeción especial* tiene su origen en el siglo XIX en Alemania¹³, y su teorización –aunque es posible rastrear antecedentes previos– se atribuye a Mayer¹⁴, quien elaboró el concepto teórico que se aplicó de forma general al Derecho administrativo alemán. Tras la aprobación de la Ley Fundamental de Bonn, esta categoría se mantuvo, pero comenzó a superarse a

cho administrativo, pero la decisión que dentro de un grado de discrecionalidad adopta la Administración pertenece al Derecho de ejecución penal, el cual también se ha de someter, en tanto parte que es del Derecho penal, a los principios de necesidad, eficacia, prevención general, prevención especial y proporcionalidad».

¹¹ TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO/RODRÍGUEZ PUERTA/SAPENA GRAU, Curso de Derecho Penitenciario, 2.ª ed., 2005, p. 24: «no debe olvidarse que, aun teniendo como destinatarios a sujetos ya privados de libertad –o precisamente por esta razón–, la aplicación de las normas penitenciarias tiene unos efectos sobre la libertad concreta de los sujetos mucho más intensos que los que puedan derivarse de otras normas de carácter administrativo».

¹² FERNÁNDEZ ARÉVALO/NISTAL BURÓN, Derecho penitenciario, 2016, pp. 100 y 489.

¹³ CERVELLÓ DONDERIS, Derecho penitenciario, 5.ª ed., 2022, p. 150.

¹⁴ MAYER, Derecho administrativo alemán, t. I, 2.ª ed., 1982 [1901], p. 144.

partir de la sentencia del *BVG* de 14 de marzo de 1972¹⁵, y se abandonó con la aprobación en 1976 de la Ley de ejecución penal alemana (*StrafvollzugGesetz*). En nuestro país, se generalizó a partir de los años sesenta, después de su introducción en el Derecho administrativo español por Gallego Anabitarte¹⁶. Uno de los ámbitos en los que se aplicó fue el penitenciario, respecto del cual el desarrollo doctrinal ha sido escaso. Sin embargo, su utilización jurisprudencial ha sido frecuente¹⁷.

En el ámbito doctrinal, tanto administrativo como penal, la doctrina de las relaciones de sujeción especial ha sido objeto de fuertes críticas desde hace ya muchos años¹⁸. En la actualidad, son pocos los autores que continúan apoyándose teóricamente en las relaciones de sujeción especial¹⁹. Y los que lo hacen, normalmente, agregan que, en cualquier caso, dicha relación tiene que respetar el principio de legalidad penal²⁰. En general, se entiende que la consideración de la relación jurídica penitenciaria como una relación de sujeción especial permite que, con el argumento de las «necesidades prácticas de la vida en prisión», se relajen las exigencias derivadas del principio de legalidad²¹; y, con ello, se crea un ciudadano de segunda categoría²², con un estatus jurídico disminuido integrado por unos derechos «devaluados»²³ y colocado en una posición de «absoluta indefensión»²⁴.

¹⁵ Esta sentencia del Tribunal Constitucional alemán determinó que «los derechos fundamentales rigen también para los prisioneros, y pueden ser restringidos –como lo señala el art. 19 de la Ley Fundamental– sólo mediante una ley, que nombre cada derecho fundamental que se restrinja, con mención del respectivo artículo», de manera que se considera «intolerable» la indeterminabilidad de las posibilidades de restricción de derechos fundamentales que se deriva de la concepción tradicional de la ejecución penal como una «relación especial de poder».

¹⁶ GALLEGO ANABITARTE, Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la Administración, en: RAP, 34, 1961.

¹⁷ LASAGABASTER HERRARTE, Las relaciones de sujeción especial, 1994, p. 163: «el esfuerzo de su construcción conceptual es inversamente proporcional a la frecuencia de su utilización».

¹⁸ Destacan las contribuciones de LASAGABASTER HERRARTE, Las relaciones de sujeción especial, 1994 y de MAPELLI CAFFARENA, Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario, en: EPC, 16, 1992, pp. 281-326.

¹⁹ Entre ellos: RODRÍGUEZ ALONSO/RODRÍGUEZ AVILÉS, Lecciones de Derecho Penitenciario, 4.ª ed., 2011; FERNÁNDEZ ARÉVALO/NISTAL BURÓN, Derecho penitenciario, 2016; MIR PUIG, C., Derecho penitenciario, 5.ª ed., 2022.

²⁰ FERNÁNDEZ ARÉVALO/NISTAL BURÓN, Derecho penitenciario, 2016, p. 490.

²¹ MATA Y MARTÍN, en: RGDP, 14, 2011, p. 150.

²² TÉLLEZ AGUILERA, Retos del siglo XXI para el sistema penitenciario español, en: ADPCP, LII, 1999, p. 333.

²³ RIVERA BEIRAS, La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos, 1997, p. 369. Señalan lo mismo: MARTÍNEZ RUIZ, La relación jurídico-penitenciaria. Especial referencia a la protección de la vida de los reclusos, en: RJUAM, 19, 2017, p. 5; CAROU-GARCÍA, El principio de legalidad en el Derecho penitenciario español, en: InDret, 4/2017, p. 10.

²⁴ MAPELLI CAFFARENA, en: EPC, 16, 1992, p. 325.

Sin embargo, en el ámbito jurisprudencial, esta doctrina ha sido profusamente utilizada, y todavía es frecuente que se haga referencia a ella, incluso por parte del Tribunal Constitucional²⁵. No obstante, recientemente se han detectado algunas resoluciones que han matizado su posición²⁶. Concretamente, destacan tres sentencias en las que el Tribunal Constitucional ha otorgado el amparo a personas privadas de libertad por entenderse vulnerados sus derechos fundamentales, considerando, por tanto, que estos derechos son susceptibles de protección también en caso de privación de libertad²⁷. Aunque con todas las cautelas, cabe afirmar que estas resoluciones muestran una evolución en la jurisprudencia constitucional hacia el reconocimiento de la plena vigencia de las garantías jurídicas durante la ejecución penitenciaria.

En todo caso, la categoría de las relaciones de sujeción especial ha resultado particularmente perjudicial porque se ha utilizado como doctrina justificativa de restricciones de derechos fundamentales a las personas privadas de libertad, y ha alejado a la ejecución penitenciaria de la aplicación de los principios limitadores del *ius puniendi*, especialmente, del principio de legalidad penal. Por ello, urge una aproximación a la ejecución de la pena de prisión desde una perspectiva dogmática garantista con la que se trate de asegurar una configuración jurídico-penal para un ejercicio del *ius puniendi* con límites²⁸.

II. LA RELEVANCIA JURÍDICO-PENAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN

Puede parecer una obviedad, sin embargo, considero necesario explicitarlo: la ejecución penitenciaria no es una actividad ajena al castigo penal, sino que es parte de este. El ejercicio del *ius puniendi* del Estado no solo está integrado por las amenazas penales en abstracto y por la imposición judicial de las penas concretas, sino que la ejecución de las condenas también constituye una manifestación de ese poder. Concretamente, la ejecución es el

²⁵ SSTC 2/1981, de 30 de enero, 2/1987, de 21 de enero, y 120/1990, de 27 de junio, entre otras.

²⁶ CERVELLÓ DONDERIS, *Derecho penitenciario*, 5.ª ed., 2022, pp. 151-152.

²⁷ SSTC 6/2020, de 27 de enero (vulneración de los derechos a la libertad de expresión e información, art. 20.1, a) y d) CE); 18/2020, de 10 de febrero (vulneración del derecho a la libertad de expresión, art. 20.1, a) CE); y 164/2021, de 4 de octubre (vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24.1 CE).

²⁸ MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Derechos fundamentales entre rejas. Algunas reflexiones acerca de los derechos fundamentales en el ámbito penitenciario, al tiempo que un comentario de la jurisprudencia constitucional al respecto*, en: ADPCP, vol. LI, 1998, p. 246: apuntaba hace ya muchos años que la ejecución penitenciaria «es algo que debe interesar a los penalistas, algo cuyo estudio jurídico nos compete».

momento de su *realización*²⁹ y, por tanto, se trata del momento en el que se llevan a cabo las restricciones de derechos que se anuncian –en abstracto y en concreto– en las fases previas³⁰.

La relevancia jurídico-penal de la ejecución de la pena de prisión no puede negarse porque la ejecución penitenciaria es parte del ejercicio del *ius puniendi*, y, en tanto es así, la legitimación del poder de castigar dependerá también de cuáles sean las condiciones en las que se ejecuten las penas.

1. Una concepción integradora de la pena de prisión

Con el objetivo de que el análisis jurídico-penal abarque las condiciones jurídicas de la ejecución penitenciaria, y se ocupe de ellas, es necesario sostener una concepción *integradora* de la pena de prisión, que tome en consideración todas las fases de la pena de prisión para comprender en qué consiste y cuáles son sus características.

Se trata de la afirmación de que la pena de prisión se integra por su previsión legal en abstracto (la amenaza penal), por su determinación judicial (la pena concreta) y por su determinación penitenciaria (la ejecución de la pena)³¹. Todas las anteriores son distintas facetas de la pena de prisión. Por eso, para entender en qué consiste la pena de prisión y analizarla jurídico-penalmente, no basta con hacer referencia a alguna o algunas de esas fases, sino que es necesario tener en cuenta todas ellas, porque todas contribuyen a la conformación del concepto jurídico-penal de la pena de prisión. Durante la ejecución de la pena de prisión, continúa el proceso de determinación del castigo penal, se concreta definitivamente y se hace *real*. Y, en esa medida, es necesario tenerla en cuenta para entender en qué consiste la pena de prisión y cuáles son sus contornos definitivos. Junto a la duración de la pena, que se establece en la sentencia condenatoria, las condiciones jurídicas restrictivas que la persona condenada soporta durante el tiempo de condena condicionan la afflictividad de la pena y, por tanto, su gravedad. Es decir, ni el contenido de la pena de prisión

²⁹ ROXIN, Problemas básicos del Derecho penal, 1976, p. 31: afirma que el Derecho penal «se enfrenta al individuo de tres maneras: amenazando con, imponiendo y ejecutando penas», de tal manera que «la ejecución constituye el tercer y último estadio de la realización del Derecho penal».

³⁰ NAVARRO VILLANUEVA, Ejecución de la pena privativa de libertad, 2002, p. 109, entiende el proceso de ejecución como una parte del proceso penal –la que sigue al proceso de declaración– en la que se hace «realidad el juicio jurisdiccional». Por su parte, MATA Y MARTÍN, Apuntes sobre la esperada reforma penitenciaria, en: LL, núm. 9516, 2019, p. 1, se ha referido a la fase de ejecución penitenciaria como «el último peldaño de la escalera penal».

³¹ MATA Y MARTÍN, en: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 45, año 26, 2018, p. 385.

ni su gravedad se encuentran completamente definidos hasta que no se desarrolla su ejecución de acuerdo con unas determinadas condiciones, puesto que la sentencia condenatoria determina únicamente el elemento temporal-cuantitativo que genera la pena concreta, pero, a continuación, el proceso de determinación iniciado continúa en la fase penitenciaria en la que se determina, finalmente, la pena ejecutada³².

Desde la doctrina penal, mayoritariamente, no se parte de una concepción integral de la pena de prisión, se presta poca atención a la ejecución penitenciaria y, habitualmente, se aprecia el contenido de la pena y su gravedad solo en términos cuantitativos, por el número de años de privación de libertad que se han determinado en la sentencia condenatoria. No obstante, existen algunas excepciones. Por ejemplo, Martínez Escamilla afirma que determinados aspectos de la ejecución «deben ser objeto de nuestra atención pues no son sino el contenido de la pena privativa de libertad»³³. Asimismo, Mapelli Caffarena señala que, sin su ejecución, la pena de prisión carecería de contenido, y que es necesaria una visión integradora que tenga en cuenta su duración –determinación judicial– y su intensidad –determinación penitenciaria–. En consecuencia, rechaza la distinción entre la pena y la «vida de la pena», considerando que entender que la primera puede concebirse al margen de la segunda «es contrario a toda lógica jurídica, a toda experiencia y a la propia teoría de la pena». Así, este autor defiende que la sustantividad de la pena no puede quedar reducida a su duración, sino que la forma de cumplimiento aporta la carga aflictiva que la determina. Por todo ello, concluye que «no puede afirmarse que lo que afecta a la pena y dentro de ella a esa zona esencial que es su cumplimiento material no forma parte del contenido esencial del Derecho penal»³⁴. Por su parte, Mata y Martín también sostiene la necesidad de una visión integral o completa de la pena –teniendo en cuenta sus «tres periodos de vida»– que permita aprehender «la auténtica virtua-

³² Han reconocido la fase penitenciaria como parte de la determinación de la pena: MIR PUIG, Introducción a las bases del Derecho penal, 2.ª ed., 2003 [1976], p. 95: «La pena no es ya el término final de una estructura condicional –no es ya mera ‘consecuencia jurídica’–, sino un proceso que va definiéndose a la vista del curso que sigue el tratamiento. La imposición de la pena en la condena ha pasado a ser el punto de arranque de la determinación concreta de la pena»; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, Derecho Penal. Parte General, 11.ª ed., 2022, pp. 501-503: señalan que la determinación de la pena se integra de tres fases de determinación: individualización legal de la pena, individualización judicial de la pena e individualización ejecutiva de la pena, administrativa o penitenciaria.

³³ MARTÍNEZ ESCAMILLA, en: ADPCP, LI, 1998, p. 246: señala que no se ha dedicado la «suficiente atención» al análisis jurídico de la ejecución de la pena de prisión y que en ella hay aspectos que «deben ser objeto de nuestra atención pues no son sino el contenido de la pena privativa de libertad».

³⁴ MAPELLI CAFFARENA, Algunas cuestiones relacionadas con las garantías jurídicas de los beneficios penitenciarios, en: ADPCP, LXXII, 2019, p. 51.

lidad y contenidos de la pena privativa de libertad»³⁵. En concreto, se refiere a la «trascendencia» de la fase de ejecución en relación con la «medición de la pena»³⁶, puesto que en esta fase se completa su determinación en sentido cualitativo: su intensidad o modo de realización. Por último, Landa Gorostiza no solo señala la necesidad de que la ejecución se incluya en el concepto de pena, sino que lo apunta específicamente en relación con la aplicabilidad de garantías: la ejecución no puede «escindirse de la definición sustantiva, nuclear, de la pena a los efectos de los estándares de garantía que a esta se le debe aplicar»³⁷. En este sentido, considera que esta es la orientación que está tomando la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la que se están aplicando las garantías del art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos a aspectos de la ejecución penitenciaria, ampliando «la definición material del concepto de pena tomando “en su conjunto” no sólo una aproximación formal a su definición legal sino a su real y efectivo significado de acuerdo también a la normativa y praxis penitenciaria»³⁸.

Desde mi punto de vista, si bien la duración de la condena es sin duda definitoria de la pena y de sus características afflictivas, la forma en la que se ejecute la dotará de su contenido afflictivo definitivo, determinando así su gravedad. En definitiva, sostengo que el concepto de pena de prisión que debería asumir la doctrina penal debería ser *integrador* de las condiciones jurídicas de la ejecución, teniendo en cuenta que la pena de prisión es todo *eso*: la amenaza de pena, la pena concreta y la pena en ejecución.

No obstante, también hay que reconocer que la ejecución penitenciaria se integra de una «amalgama de actividades heterogéneas»³⁹ y de un «universo normativo muy dispar»⁴⁰, en el que confluyen normas técnicas, organizativas, procedimentales, etc., y cuestiones que pertenecen al ámbito de la gestión administrativa, que hacen compleja su regulación y su comprensión desde la perspectiva penal⁴¹. Sin embargo, esto no debe detener el análisis jurídico-

³⁵ MATA Y MARTÍN, en: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 45, año 26, 2018, pp. 389-392. Afirma que «la fase de ejecución de una pena privativa de libertad no representa la de menor trascendencia ni contenido jurídico sino, al contrario, la etapa decisiva y llena de aspectos jurídico-penales de la privación de libertad y, por tanto, para las condiciones que habrá de sufrir el condenado. En este sentido la ejecución de la pena privativa de libertad, el Derecho Penitenciario, pertenece por Derecho propio al sistema penal y a su vez el sistema penal en su interna coherencia no se puede entender sin la integración del Derecho penitenciario».

³⁶ MATA Y MARTÍN, en: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 45, año 26, 2018, p. 369.

³⁷ LANDA GOROSTIZA, en: InDret, 4/2012, p. 7.

³⁸ LANDA GOROSTIZA, en: InDret, 4/2012, p. 14.

³⁹ NAVARRO VILLANUEVA, Ejecución de la pena privativa de libertad, 2002, p. 105.

⁴⁰ MAPELLI CAFFARENA, en: ADPCP, LXXII, 2019, p. 49.

⁴¹ TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO/RODRÍGUEZ PUERTA/SAPENA GRAU, Curso de Derecho Penitenciario, 2.ª ed., 2005, p. 22.

penal de la ejecución penitenciaria, porque es posible –y necesario– determinar una serie de cuestiones penitenciarias concretas que constituyen aspectos sustanciales de la pena privativa de libertad, y a las que deben aplicarse los principios y garantías del *ius puniendi*.

2. Un criterio de determinación de los aspectos jurídico-penalmente relevantes en la ejecución penitenciaria

¿Qué aspectos de la ejecución penitenciaria pueden considerarse jurídico-penalmente relevantes? ¿Con base en qué criterio? En mi opinión, el criterio que determina la relevancia jurídico-penal de algunas decisiones penitenciarias es su afectación directa al nivel de restricción de la libertad que se impone a la persona condenada⁴². En ningún caso, una decisión penitenciaria cuyo objeto sea la modificación del nivel de restricción de la libertad puede considerarse una decisión *administrativa*, sino que debe considerarse una decisión *penal* porque, con ella, se ejerce el poder de castigar, determinándose la afflictividad de la pena, es decir, su gravedad.

Con el uso de este criterio, trato de huir de planteamientos formalistas o esencialistas, como, por ejemplo, el que distingue entre la naturaleza jurídica, sustantiva o procesal, de la norma y hace depender de ella la aplicación o no de determinadas garantías jurídicas⁴³. Frente a este tipo de criterios, considero que, para determinar la aplicabilidad o vigencia de los principios limitadores, debe partirse de su fundamento (la «limitación objetiva de la ampliación de la potestad punitiva del Estado»⁴⁴), y así distinguir «entre instituciones jurídicas del *ius puniendi* que afectan los derechos fundamentales y aquellas que no tienen dichos efectos»⁴⁵. En este sentido, como criterio de determinación de la relevancia jurídico-penal y de la plena aplicación de los principios y garantías en la ejecución penitenciaria, propongo tener en cuenta si se produce o no una

⁴² Han defendido esta afectación a la libertad: MAPELLI CAFFARENA, Contenido y límites de la privación de libertad (sobre la constitucionalidad de las sanciones disciplinarias de aislamiento), en: Eguzkilo, núm. Extra 12, 1998, pp. 98-99; MARTÍNEZ ESCAMILLA, Los permisos ordinarios de salida: régimen jurídico y realidad, 2002, pp. 117-120.

⁴³ Este es el planteamiento que hace FRIGOLS I BRINES, Fundamentos de la sucesión de leyes en el Derecho penal español. Existencia y aplicabilidad temporal de las normas penales, 2004, p. 354, cuando analiza los ámbitos en los que debe operar la prohibición de retroactividad desfavorable –su alcance o no a las normas procesales– y apunta que lo determinante no es si la norma pertenece al Derecho penal sustantivo o procesal para la aplicación de dicha prohibición.

⁴⁴ FRIGOLS I BRINES, Fundamentos de la sucesión de leyes, 2004, p. 345.

⁴⁵ FRIGOLS I BRINES, Fundamentos de la sucesión de leyes, 2004, p. 347.

afectación al nivel de restricción de la libertad⁴⁶; es decir, si se lleva a cabo una graduación del castigo penal. De esta forma, teniendo en cuenta el sistema de individualización científica por el que se guía la ejecución penitenciaria –que precisamente prevé, en el marco del cumplimiento de la pena de prisión, distintos regímenes de vida y posibilidades de mayor contacto con la libertad–, debe ponerse el foco en las decisiones penitenciarias que sirven para definir las condiciones de la ejecución⁴⁷, y que, con ello, determinan el nivel de restricción de la libertad, para reivindicar que, en la toma de esas decisiones, debe asegurarse la plena vigencia de las garantías jurídicas que limitan el poder de castigar⁴⁸.

En el ámbito penitenciario, existen múltiples decisiones que afectan al nivel de restricción de la libertad, y lo hacen tanto en sentido restrictivo como en sentido ampliatorio. Son, por ejemplo, la clasificación en los distintos grados penitenciarios, la concesión o denegación de los permisos de salida y de la libertad condicional, la aplicación del artículo 75 del Reglamento Penitenciario,

⁴⁶ A pesar de que la pena de prisión consiste en la *privación* de la libertad, no equivale a la anulación total de dicha libertad, puesto que, como señala MARTÍNEZ ESCAMILLA, en: ADPCP, LI, 1998, p. 266, hacer desaparecer hasta el último reducto de la libertad de la persona condenada supondría reducirlo a la condición de mero *objeto*. La pena privativa de libertad implica una fuerte restricción en la libertad de movimientos, pero no suprime la libertad de la persona presa en sentido amplio –ni siquiera, como señala MAPELLI CAFFARENA, El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional, en: Derechos y libertades, núm. 1, 1993, pp. 434-435, es legítimo afirmar que *se pierda* la libertad ambulatoria–, sino que hace que esta ostente un *status libertatis* distinto del de las personas que viven en libertad –que, por cierto, también encuentra importantes restricciones derivadas de sus condiciones de clase, origen, etnia, género, etc.–, pero existente y que debe ser preservado.

⁴⁷ MARTÍNEZ ESCAMILLA, en ADPCP, LI, 1998, p. 265; NAVARRO VILLANUEVA, La nueva regulación del derecho a la asistencia letrada durante el cumplimiento de la pena privativa de libertad, en: JIMENO BULNES/PÉREZ GIL (coords.), Nuevos horizontes del Derecho procesal. Libro-homenaje al profesor Ernesto Pedraz Penalva, 2016, p. 788.

⁴⁸ Desde la perspectiva constitucional, el Tribunal Constitucional reconoce el *status libertatis* de las personas presas y su afectación por determinadas decisiones penitenciarias, como la clasificación en primer grado o la imposición de una sanción disciplinaria (SSTC 143/1997, de 17 de septiembre; 18/2020, de 10 de febrero). Sin embargo, considera que las anteriores no suponen afectaciones al derecho fundamental a la libertad del art. 17 CE, sino al «valor superior a la libertad», y por eso niega la posibilidad de recurrir en amparo, por ejemplo, ante la denegación de un permiso de salida –aunque afirme que «no cabe duda de que en las decisiones en torno a los permisos de salida está en juego el valor superior de la libertad»– (SSTC 167/2003, de 29 de septiembre; 24/2005, de 14 de febrero; 9/2020, de 28 de enero). No obstante, reconociendo que dichas decisiones «modalizan la forma en que la ejecución de una restricción de libertad se lleva a cabo», se declara la exigencia de un canon de motivación reforzado (STC 9/2020, de 28 de enero). En mi opinión, esta pretensión del Tribunal Constitucional de distinguir determinadas restricciones de la libertad como limitadoras del valor superior a la libertad, pero no del derecho fundamental a la libertad, resulta artificiosa y sustenta un menor reconocimiento de garantías que no es admisible. Así, considero que la asunción de que el título privativo de la libertad determina que el derecho a la libertad ya no puede verse afectado resulta errónea y perjudicial. De hecho, desde mi punto de vista, debe reconocerse todo lo contrario: precisamente, la situación de privación de la libertad hace que cualquier restricción o limitación de derechos pueda tener unos efectos mucho más intensos. En este sentido, GALLEGU DÍAZ, Tratamiento penitenciario y voluntariedad, en: REP, núm. Extra 2, 2013, p. 109, señala que «en el ámbito penitenciario, donde existe una situación de no libertad, cualquier beneficio no recibido tiene la misma naturaleza que una pena».

la del principio de flexibilidad, o la imposición de la sanción disciplinaria de aislamiento, entre otras. La clasificación penitenciaria destaca especialmente sobre las demás porque es una decisión que se toma respecto de todas las personas condenadas y porque los distintos grados penitenciarios consisten en regímenes de vida en los que la persona disfruta de muy diferentes posibilidades de autonomía personal y de contacto con el exterior. En este sentido, el grado de restricción de la libertad de la persona privada de libertad cambia sensiblemente en función de si la persona se encuentra clasificada en primero, segundo o tercer grado.

En aplicación de este criterio de relevancia jurídico-penal, deberían analizarse las distintas decisiones penitenciarias que pueden modular el nivel de restricción de la libertad, desde la perspectiva de los principios limitadores del *ius puniendi*. En este sentido, en primer lugar, debería distinguirse entre aquellas decisiones ampliatorias de la libertad y aquellas que suponen una mayor restricción o la denegación de una posibilidad de aumentarla. Desde tal perspectiva limitadora, cabría valorar si, en el segundo grupo de decisiones, algunas debieran considerarse directamente ilegítimas por las condiciones de ejecución que imponen. A continuación, deberían revisarse los criterios y los procesos decisorios, tanto en las decisiones restrictivas como en las ampliatorias, para asegurar que se encuentran revestidos de las garantías pertinentes. Finalmente, en relación con las decisiones ampliatorias, desde el enfoque jurídico-penal garantista, debería abordarse la discusión acerca de si estas posibilidades de mayor disfrute de la libertad constituyen o no derechos de las personas privadas de la libertad.

En conclusión, la relevancia de la toma de las decisiones penitenciarias que pueden modificar el nivel de restricción de la libertad hace necesaria su revisión a la luz de los principios y garantías que tratan de garantizar un ejercicio del poder punitivo constitucionalmente legítimo.

CAPÍTULO XLIV

LA RELACIÓN JURÍDICO-PENITENCIARIA. LOS DERECHOS DE LOS INTERNOS

MANUEL ARIAS CARRAL

Profesor Asociado de Derecho Penal. Universidad de Vigo.
Facultad de Derecho de Orense/Ourense

I. LA RELACIÓN JURÍDICA PENITENCIARIA

Toda norma crea en los sujetos a los que va dirigida, o bien la posibilidad de obrar en un determinado sentido (poderes), o una limitación respecto de la libertad de actuar (deberes). Cuando estas situaciones jurídicas tienen el carácter de permanentes reciben el nombre de relación jurídica, entendiéndose por tal «aquella que se da entre dos sujetos de derecho; cuando la situación de poder en que se encuentra uno de ellos se corresponde con una situación actualizada de deber del otro. Partiendo de este concepto, podemos afirmar que la situación en que se encuentra el recluso (detenidos, presos, penados y sujetos a medidas de seguridad) con respecto a la Administración es una relación jurídica.

El hecho de que los más diversos especialistas (psicólogos, sociólogos, médicos, etc.) se hayan ocupado de los temas penitenciarios no puede hacer olvidar que el régimen penitenciario es, antes que nada esencialmente jurídico. Si la naturaleza de la regulación penitenciaria nos lleva a incluirla en el campo del Derecho Penal, procesal o administrativo, o se configura como un sector autónomo del ordenamiento, no afecte a la consideración de que estamos ante un conjunto de normas que crean situaciones estables de facultades y deberes, y que, por tanto, regulan una especial relación jurídica.

Indudablemente, entre la relación jurídica creada por las primeras normas penitenciarias (ordenanzas y reglamentos) de principios del siglo pasado y la relación jurídica que surge de la publicación de las modernas leyes penitenciarias, las diferencias son considerables, con una clara tendencia a llenar de contenido en cuanto a derechos la situación de los reclusos, vaciando considerablemente, al mismo tiempo, el contenido de derechos de la Administración. No hace tantos años, podíamos ver como título de trabajos o conferencias la expresión: «Una noción nueva: Los derechos de los reclusos», y pocos años antes se afirmaba que «el recluso es «cosa» de la Administración»¹.

Las declaraciones positivas de derechos y deberes de los reclusos son más bien escasas. Pueden considerarse como tales las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, aprobadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955 y revisadas por la Asamblea General de Naciones Unidas el 17 de diciembre de 2015, denominadas Reglas Nelson Mandela, actualmente vigentes. Lo mismo cabe decir de las aprobadas por el consejo de Europa en 19 de enero de 1973, y de las aprobadas por Recomendación R (87) 3. y las actuales Reglas Penitenciarias Europeas de 2006.

En nuestra legislación positiva encontramos, en el Título Preliminar de la Ley Orgánica General Penitenciaria y en el Capítulo II del Título I del Reglamento, un verdadero estatuto jurídico del interno.

1. Naturaleza y Fundamento

La doctrina mantiene unánimemente que la relación del recluso en una institución penitenciaria es una relación de la que se deriva un status especial. Nace en el momento del ingreso y se genera por un título jurídico consistente en una resolución ejecutiva (sentencia firme de condena a pena de privación de libertad) o resolución judicial en la que se acuerda la prisión provisional. La configuración de esta relación jurídica-penitenciaria es la de una relación especial de sujeción. Si en toda relación jurídica en que interviene como sujeto la Administración, ésta adopta una cierta posición de supremacía², las relaciones especiales de sujeción son aquella que surgen como consecuencia de una relación más singularizada entre administrado y Administración. Se citan,

¹ BUENO ARÚS, F., Los derechos y deberes del recluso en la ley General Penitenciaria, Revista de Estudios Penitenciarios, n.º 224-227.

² GÓNZALEZ NAVARRO, F., Estudios sobre la Constitución Española, Civitas, 1991.

como ejemplos de relaciones especiales de sujeción, la del funcionario público, la del militar y la del recluso en un Centro Penitenciario.

El Tribunal Constitucional en sentencia 74/85,2/87, entre otras, ha afirmado que «el recluso está, respecto a la Administración Penitenciaria, en una relación de sujeción especial»³.

II. DERECHOS DE LOS INTERNOS: CLASES Y LÍMITES

El hecho del ingreso de una persona en una Institución Penitenciaria no afecta, a tenor de lo que acabamos de decir, a su consideración como tal persona humana y como ciudadano de un Estado. Así, pues, el recluso en su relación con la Administración Penitenciaria tiene una serie de derechos que podemos clasificar en tres apartados:

1. Derechos como persona
2. Derechos como ciudadano del Estado
3. Derechos en cuanto recluso de un Establecimiento Penitenciario.

1. Derechos de la persona

No son materia a regular en el Derecho positivo y menos en la legislación penitenciaria. Por su propia naturaleza son derechos fundamentales, inherentes a la persona, anteriores a cualquier norma, inviolables e irrenunciables, y las normas positivas no pueden hacer otra cosa que reconocerlos.

Un reconocimiento general de estos derechos viene recogido en el Artículo 25-2 de la Constitución, según el cual «el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley Penitenciaria.

También la Ley Penitenciaria hace un reconocimiento expreso de estos derechos, al propio tiempo que se reconoce a los reclusos los derechos que como ciudadanos del Estado pueden serle atribuidos. En el artículo 3 de la citada Ley se establece: «La actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena»... y «en consecuencia,

³ GARCÍA VALDÉS, C., Comentarios a la Legislación Penitenciaria, Civitas, Madrid, 1995.

los internos podrán ejercitar los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, sin exclusión del derecho de sufragio, salvo que fuesen incompatibles con el objeto de la detención o el cumplimiento de la condena».

El Reglamento Penitenciario en el artículo 4 reproduce el contenido del artículo 3 de la LOGP.

Reconocidos globalmente los derechos de la persona en la Ley Penitenciaria, el Reglamento de 1996, en el artículo 4-2 hace una completa enumeración de derechos de los internos, mientras que la LOGP contiene una serie de mandatos a la Administración Penitenciaria para conseguir un eficaz desarrollo de los mismos en el ámbito penitenciario.

Siguiendo los artículos de la Constitución vamos a estudiar el correlato de tales derechos en la Ley y en el Reglamento Penitenciario.

a) DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY (ART. 14 CE)

El artículo 3 de la Ley Penitenciaria establece que la actividad penitenciaria se ejercerá...»sin establecer diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otras circunstancias de análoga naturaleza». El Reglamento, por su parte (art. 4-1) afirma que «no puede prevalecer discriminación alguna por razón de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

b) DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL (ART. 15 CE)

La LOGP en el número cuatro del artículo 3 establece: «La Administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos». El artículo 4-2-a del Reglamento continúa: «sin que puedan, en ningún caso, ser sometidos a torturas, a malos tratos de palabra o de obra, ni ser objeto de un rigor innecesario en la aplicación de las normas».

En relación con esta obligación diversos artículos de la Ley imponen a la Administración la obligación de proporcionar a los internos: una alimentación suficiente (art. 21/2); prendas de vestir adecuadas, ropa de cama (art. 20 y 21-1); un régimen satisfactorio de higiene (art. 19-2) y la necesaria asistencia sanitaria (arts. 36-40); el descanso nocturno (art. 25-2).

c) DERECHO AL HONOR Y A LA DIGNIDAD (ART. 18 CE)

El apartado b) del artículo 4-2 reconoce «el derecho a que se preserve la dignidad, así como su intimidad, sin perjuicio de las medidas exigidas por la ordenada vida en prisión. En este sentido, tienen derecho a ser designados por su propio nombre y a que su condición sea reservada frente a terceros».

La LOGP recoge en su artículo 3-5 el derecho a ser designado por su propio nombre; el derecho a comunicar en su propia lengua» (art. 51/1). La dignidad de la persona constituye un límite de obligado respeto en la realización de traslados (art. 18), cacheos y requisas (art. 26) y empleo de métodos de tratamiento (art. 66-2).

d) DERECHO A LA INTIMIDAD (ART. 18-I CE)

Ya hemos visto que el Reglamento hace un expreso reconocimiento del derecho a la intimidad (art. 4-2-b). Por su parte la Ley Penitenciaria recoge el derecho al alojamiento preferente en celdas individuales (art. 19-1); en el régimen de visitas familiares íntimas (art. 51-53).

En estrecha relación con la defensa del derecho a la intimidad está la minuciosa regulación que lleva a cabo el Reglamento de la protección de datos de carácter personal de los ficheros penitenciarios. (Capítulo III del Título I).

e) DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA (ART. 16 CE)

El artículo 54 de la LOGP garantiza la libertad religiosa y compromete a la Administración a facilitar los medios para que dicha libertad pueda ejercitarse. Para ello autoriza la comunicación con sacerdotes o ministros de su religión, cuya presencia haya sido reclamada previamente (art. 51 -3); y el régimen alimenticio ha de tener en cuenta «en la medida de lo posible, las convicciones filosóficas y religiosas de los internos (art. 21-2).

El Reglamento, en el artículo 230, regula el ejercicio de este derecho, tanto en su aspecto positivo, facilitando la relación con la confesión religiosa y la práctica de cultos, como en el aspecto negativo, prohibiendo cualquier tipo de coacción para asistir a los actos de una confesión religiosa.

2. Derechos como ciudadano del Estado

El artículo 3-1 de la LOP proclama el principio de que los internos podrán ejercitar los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, sin excepción del derecho de sufragio, salvo que fuesen incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de la condena. El ejercicio de los derechos civiles... viene también reconocido como derecho en el apartado c) del artículo 4-2 del Reglamento.

La LOGP contiene algunos preceptos que ponen de manifiesto el respeto a algunos de esos derechos:

a) DERECHOS CIVILES

Derecho a la propiedad (art. 33-1 CE):

El derecho a la propiedad no se pierde por razón de la situación jurídica de condenado o de preso preventivo, aunque, por razones regimentales, puede estar limitado, el uso dentro del Establecimiento de los objetos de propiedad de los internos que deberán ser «guardados en lugar seguro, previo el correspondiente resguardo. El derecho a la adquisición de bienes de consumo, se encuentra reconocido en el artículo 24 de la LOGP.

Familia. La familia merece la protección específica de la Constitución en sus planos social, económico y jurídico (art. 39/1 CE). Esta protección tiene reflejo en el ordenamiento penitenciario, en los siguientes aspectos:

Derecho a mantener el contacto familiar que recogen las normas sobre comunicaciones y visitas (art. 51-1); en la obligación de informar al interno del fallecimiento o enfermedad grave de algún familiar próximo y viceversa (art. 52-2); en el derecho a comunicar a la familia el hecho de la detención o el traslado a otro establecimiento (art. 52/3); en los permisos extraordinarios en caso de fallecimiento o enfermedad grave de los parientes próximo (art. 47-1) y en la regulación de las visitas especiales para aquellos internos que no puedan obtener permisos de salida (art. 53) Todas estas manifestaciones de la protección de los lazos familiares aparecen ampliamente regulados en el Reglamento Penitenciario.

Derecho de las internas a tener en su compañía a los hijos menores de tres años y derecho a mantener contactos con los hijos menores de 10 años que no convivan con las madres, a través de un régimen específico de visitas (art. 38-2 y 3 según redacción de la LO 13/95, de 18 de diciembre).

b) DERECHOS SOCIALES

Derecho a la educación y al acceso a la cultura (arts. 27 y 44 CE):

Es reconocido expresamente por la Constitución a los condenados a penas de prisión (art. 25/2) y desarrollado en los artículos 55 a 58 de la LOGP y en el Capítulo III: «Formación, cultura y deportes» del Título V: «Del Tratamiento Penitenciario» del Reglamento.

Derecho-deber del trabajo (art. 35 CE):

La Ley Penitenciaria recoge también que «el trabajo será considerado como un derecho y como un deber del interno». Pero, además, y dada la finalidad específica de las penas privativas de libertad (reeducación y reinserción social), el trabajo ha de ser formativo, digno y adecuado a las aptitudes y cualificación profesional de los internos (art. 26).

El derecho al trabajo adquiere tal entidad en el ámbito penitenciario que la propia Constitución (art. 25-2) lo incluye entre los derechos fundamentales y libertades públicas de la Sección Primera, Capítulo Segundo, del Título I de la Constitución.

En correspondencia con el precepto constitucional, la LOGP establece para la Administración la obligación de facilitarlo a los reclusos (art. 26).

El Reglamento, por su parte, recoge expresamente el «derecho a un trabajo remunerado, dentro de las disponibilidades de la Administración Penitenciaria (ar. 4-2. f).

c) DERECHOS POLÍTICOS

El artículo 3 de la LOGP hace un expreso reconocimiento del derecho al ejercicio de los derechos políticos de los que no excluye el derecho de sufragio, «salvo que sean incompatibles con el objeto de la detención o el cumplimiento de la condena». Por tanto, salvo que lo impida el contenido de la pena de inhabilitación o suspensión, los reclusos podrán participar en los asuntos públicos, ejerciendo los derechos de sufragio, participación en referéndum, petición.

El artículo 4-2, j del Reglamento reconoce el «derecho a formular peticiones y quejas ante las autoridades penitenciarias, judiciales, Defensor del Pueblo, Ministerio Fiscal, así como a dirigirse a las autoridades competentes y

a utilizar los medios de defensa de sus derechos e intereses legítimos a que se refiere el Capítulo V del Título II de este Reglamento» (Información, quejas y recursos).

Derecho a acceder y disfrutar de las prestaciones públicas que pudieran corresponderle (art. 4-2.g del Reglamento).

3. Derechos de los internos en tanto que reclusos de un establecimiento penitenciario

Son derechos que forman parte del contenido propio de la relación penitenciaria⁴; son creados o reconocidos por la legislación positiva; son susceptibles de graduación, revocables, y, en determinados supuestos, exigen la autorización de la Administración o de la Autoridad Judicial.

Aún con la dificultad que existe para distinguir su contenido, podemos hablar de derechos en relación con el régimen, derechos en relación con el tratamiento y derechos a las subvenciones para ayudas asistenciales y otras ayudas.

En primer lugar, en relación con los presos, como consecuencia del «principio de presunción de inocencia», el régimen deberá estar presidido por evitar cualquier limitación que vaya más allá de las estrictamente necesarias para evitar las ocasiones y las alteraciones del orden en el Establecimiento. Respetando este principio, el Reglamento Penitenciario extendiendo a los preventivos la oferta de actividades educativas, formativas, socioculturales, deportivas y medios de ayuda que se programen para propiciar que su estancia en prisión sirva para paliar, en lo posible, las carencias detectadas.

a) DERECHOS RELACIONADOS CON EL RÉGIMEN

1) Derecho a recibir información sobre el régimen del Establecimiento, sus derechos y deberes y las normas disciplinarias y los medios para formular peticiones, quejas y recursos, (art. 49 LOGP).

2) Derecho a recibir información personal y actualizada de su situación procesal y penitenciaria (Art. 4-2, k del Reglamento).

⁴ LAMARCA PÉREZ, P., Régimen Penitenciario y Derechos Fundamentales, Estudios Penales y Criminológicos XVI, Santiago de Compostela, 1993, p. 242.

3) Derecho a que el horario y el programa de actividades del establecimiento no impida el descanso nocturno de ocho horas y el descanso semana (art. 25-2 y 33-1 de la LOGP) (art. 77 del Reglamento).

4) Derecho a las comunicaciones orales, escritas y telefónicas con sus familiares, amigos, abogados y procuradores, profesionales, sacerdotes... (arts. 51 a 53 LOGP) (Art. 4-2-e del Reglamento) Derecho a no ser sancionado «sino en los casos establecidos en el Reglamento y con las sanciones expresamente previstas en la Ley»;» a ser previamente informado de la infracción y derecho a la defensa en el procedimiento sancionador» (art. 42 LOGP).

5) Derecho a participar en las actividades de orden educativo, recreativo, religioso, laboral, cultural o deportivo, así como en el desenvolvimiento de los servicios alimenticios, confección de racionados y control de la calidad y precios de los productos vendidos en el Centro (art. 24 LOGP) (Art. 4-2.i del Reglamento).

b) DERECHOS EN RELACIÓN CON EL TRATAMIENTO

La LO General Penitenciaria configura, aunque no lo haga de manera expresa, el tratamiento como un derecho del interno, al limitarse a ordenar que se fomentará y estimulará la colaboración de los internos en el tratamiento y en su planificación (art. 4º-2 y 61). De forma expresa el Reglamento, en el artículo 4-2 d) reconoce «el derecho de los penados al tratamiento y a las medidas que se les programen con el fin de asegurar el éxito del mismo».

Cuestión polémica ha sido la voluntariedad de la participación del interno en el tratamiento. La doctrina se ha inclinado siempre por entender el carácter de derecho que, al emanar del principio de dignidad humana y del de libre desarrollo de la personalidad, no admite ningún tipo de coacción. La Ley, como hemos visto, no se pronuncia expresamente. El Reglamento de 1981 (art. 61) estableció que «el interno podrá rechazar libremente o no colaborar en la realización de cualquier técnica de estudio de su personalidad o método de tratamiento...» El Reglamento de 1996, junto al reconocimiento expreso del derecho al tratamiento, señala en el artículo 112-3 que «el interno podrá rechazar libremente o no colaborar en la realización de cualquier técnica de estudio de su personalidad, sin que ello tenga consecuencias disciplinarias, regimentales ni de regreso de grado». Pese a no hacer referencia a la posibilidad de rechazo de cualquier método de tratamiento, resulta obvio que debe admitirse la voluntariedad de aceptar los métodos de tratamiento.

1) Derecho a ser destinado al Establecimiento que por su clasificación le corresponda.

2) Derecho a las progresiones de grado y consiguientemente a las reconsideraciones periódicas de la anterior clasificación.

3) Derecho a los beneficios penitenciarios. La doctrina siempre se había pronunciado por el reconocimiento de los beneficios penitenciarios como derechos subjetivos. En la actualidad viene expresamente reconocido el derecho en el apartado h) del artículo 4-2 del reglamento.

c) DERECHO A RECIBIR LAS SUBVENCIONES PARA AYUDAS ASISTENCIALES Y OTRAS AYUDAS

La Orden INT/3688/2007, de 30 de noviembre, por la que se aprueban las bases reguladoras de concesión de ayudas asistenciales a internos en prisión, liberados condicionales y familiares de ambos y de ayudas para la realización de salidas programadas, terapéuticas y concesión de premios y recompensas para los internos en prisión, en el ámbito de competencias del Ministerio del Interior.

III. EJERCICIO DE DERECHOS A TRAVÉS DE MEDIOS TECNOLÓGICOS

El artículo 4 del Reglamento Penitenciario, modificado por el Real Decreto 268/2022, de 12 de abril, establece que los derechos que puedan derivarse de la normativa penitenciaria, se podrán ejercer a través de las tecnologías de la información y comunicación, en función de las posibilidades materiales y técnicas de cada centro penitenciario.

En el ejercicio de dichos derechos mediante el uso de las tecnologías de la información y comunicación, se deberán respetar en todo caso los principios vigentes en cada momento en materia de seguridad digital y protección de datos, así como las normas de régimen interior del centro penitenciario.

IV. LÍMITES

1. Todos los derechos, incluidos los fundamentales, ha de ejercerse, no a voluntad del interesado, sino de acuerdo con lo dispuesto en las leyes que lo regulen o desarrollen (art. 53 CE).

2. Pero, además, los derechos fundamentales de los internos han de ejercitarse en el marco delimitado por la condena y ello implica que no podrán ejercitarse los derechos directamente «afectados por la condena» o cuya privación es precisamente el contenido de éste, y de que el tratamiento individualizado que se aplique a cada uno puede demandar limitaciones en el ejercicio de algunos derechos, de acuerdo con el carácter preferente de aquél en el conjunto de la actividad penitenciaria.

3. La peligrosidad o agresividad del sujeto constituye un criterio delimitador de los derechos de los internos, en cuanto determinante del destino aun establecimiento de régimen cerrado (art. 10 LOGP), de la utilización de medios coercitivos para impedir actos de violencia o evitar daños a las personas o cosas, o de la imposición de sanciones.

4. La seguridad y el orden público pueden también delimitar algunos derechos. Así la limitación en la tenencia de medicamentos, en las ocupaciones de los presos preventivos... También por razón de orden público pueden ser suspendidos temporalmente los derechos reconocidos en la Ley (art. 55-1 de la Constitución y disposición final primera de la LOGP).

Finalmente, las «posibilidades reales» de la Administración Penitenciaria pueden erigirse en excepciones al ejercicio de algunos derechos. Así, el artículo 19 de la LOGP establece la excepción al derecho a ocupar una celda individual «en caso de insuficiencia temporal» o por indicación médica o criminológica (También artículo 13-2 del Reglamento).

CAPÍTULO XLV

LA RETROACTIVIDAD DEL DECOMISO DE GANANCIAS DEL DELITO (INCLUSO PRESCRITO)

ISIDORO BLANCO CORDERO

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Alicante

I. INTRODUCCIÓN

En el debate internacional sobre el decomiso de productos o ganancias del delito existen hoy día dos cuestiones espinosas. La primera es la posibilidad de aplicar la legislación sobre el decomiso a las ganancias derivadas de actividades delictivas cometidas antes de su entrada en vigor. La segunda se refiere a la aplicabilidad del decomiso de ganancias procedentes de delitos que se encuentran prescritos. En el presente trabajo, que presentamos para homenajear la trayectoria docente e investigadora del profesor Javier de Vicente Remesal, vamos a analizar ambos temas estrechamente relacionados, a la luz de las experiencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la jurisprudencia de distintos países que ha abordado de manera expresa la cuestión. Nos centramos exclusivamente en el estudio del decomiso de ganancias (es preferible hablar de productos, como lo hace la normativa internacional) del delito, y no tanto en otras modalidades de decomiso (como el decomiso de instrumentos) porque su fundamento y naturaleza jurídica son diferentes.

II. EL DEBATE SOBRE LA RETROACTIVIDAD

La retroactividad del decomiso ha sido examinada tanto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) como, de manera muy extensa, por las Cortes Constitucionales de numerosos países Latinoamericanos en relación con la así llamada extinción de dominio, que no es más que una modalidad de decomiso sin condena con ciertas especificidades. Precisamente, el objetivo de la extinción de dominio es, al igual que el del decomiso previsto en las legislaciones penales, la privación de los bienes de origen delictivo. Comparten ambas modalidades de privación de los bienes (decomiso y extinción de dominio) la misma finalidad: que el delito no resulte beneficioso. Por ello conviene examinar los argumentos elaborados en este contexto en la medida en que van a ser de gran utilidad para este trabajo.

1. La posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de retroactividad del decomiso

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha resuelto acerca de la posible retroactividad del decomiso de ganancias, en concreto, en relación con el denominado decomiso sin condena. Así, el tema se debatió en el asunto *Dassa Foundation v. Liechtenstein*¹ de 2007. De forma muy resumida, los hechos consistían en el decomiso de bienes obtenidos de un delito de corrupción por un juez en Italia durante la década de los años noventa del siglo pasado, antes de la aprobación de las disposiciones de Liechtenstein sobre el decomiso. El TEDH consideró que el decomiso regulado en el mencionado Estado no tiene naturaleza jurídica de pena en el sentido del *Convenio Europeo de Derechos Humanos* (CEDH), sino que es una institución de naturaleza más bien civil. Se trata, dice el Tribunal, de una institución similar a la restitución propia del Derecho civil en casos de enriquecimiento injustificado, y persigue evitar que el delito resulte beneficioso. Precisamente si la legislación sobre el decomiso no se aplicara con carácter retroactivo permitiría a los responsables beneficiarse de actos que eran ilícitos en el momento en que se cometieron. Por todo ello, concluye el TEDH que la aplicación retroactiva del comiso no viola el art. 7.1 CEDH².

¹ ECHR, *Dassa Foundation v. Liechtenstein*, Application N.º 696/05 (July 10, 2007).

² Según el cual «nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o internacional».

Más recientemente, en el asunto *Ulemek c. Serbia* de 2021³, el demandante había sido condenado como líder de una organización criminal por una serie de delitos graves. Con posterioridad se aprobó la ley de 2008 sobre Incautación y Decomiso del Producto del Delito y, con base en ella, se decretó el decomiso su casa, que había comprado con fondos ilícitos en 1998. Los tribunales nacionales razonaron que el decomiso de activos delictivos no era una sanción ni tenía naturaleza penal, por lo que no resultaba aplicable la prohibición de la retroactividad de la ley penal. El TEDH abordó la materia tanto en relación con la eventual vulneración del derecho de propiedad previsto en el Protocolo n.º 1⁴ al CEDH, como del artículo 7.1 CEDH. Con carácter general, el Tribunal entiende que el requisito más importante del art. 1 del Protocolo n.º 1.º es que toda injerencia de la autoridad en el goce pacífico del derecho de propiedad debe estar *prevista en la ley*. Recordó que este requisito no puede interpretarse en el sentido de que impide que el legislador controle el uso de la propiedad o interfiera de otra manera con los derechos patrimoniales mediante nuevas disposiciones de naturaleza retroactiva. Por lo tanto, el decomiso de los bienes del demandante se ajustaba plenamente al requisito de «legalidad» contenido en el artículo 1 del Protocolo n.º 1. El Tribunal también concluyó que el decomiso decretado contra los bienes del demandante no constituía una «sanción» en el sentido del artículo 7.1 CEDH, y que, por lo tanto, la prohibición de la retroactividad en materia penal prevista en el mencionado artículo no era aplicable al caso.

2. El debate en Latinoamérica sobre la retroactividad/retrospectividad

Las Cortes constitucionales de diversos países latinoamericanos se han pronunciado acerca de las disposiciones que prevén la retroactividad o retrospectividad de la legislación sobre el decomiso (en este caso del decomiso sin condena o extinción de dominio) y su aplicación a situaciones sobre bienes ocurridas antes de su entrada en vigor. No todas han resuelto en el mismo sentido. Unas (la mayoría) han considerado que esta aplicación hacia atrás en el tiempo es posible y no vulnera las garantías constitucionales. Sin embargo, la Corte Constitucional de Ecuador entiende que esta forma de proceder es inconstitucional. Veamos.

³ ECHR, *Ulemek v. Serbia*, Application N.º 41680/13, 02/02/2021.

⁴ Protocolo Adicional (también conocido como Protocolo n.º 1.º) al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en París el 20 de marzo de 1952.

a) LA APLICACIÓN RETROACTIVA/RETROSPECTIVA ES CONSTITUCIONAL

Pionero en esta materia fue la *Corte constitucional de Colombia*. A su juicio, la disposición que prevé la retroactividad no vulnera el principio de irretroactividad de la ley penal por dos motivos: primero porque no se está ante la aplicación de penas y, segundo, porque la aplicación a situaciones anteriores a la entrada en vigor de la ley no encaja en el concepto de retroactividad, en su sentido genuino, sino en el de retrospectividad⁵. La extinción de dominio, dice, no extingue un derecho adquirido, pues el delito no es una forma válida de adquirir derechos patrimoniales, sino que declara que el derecho no nació y solo existe en apariencia porque el eventual título está viciado. Por lo que no se lesionan derechos adquiridos legalmente: «Esto significa (...) que, no habiendo objeto sobre el cual pueda haber recaído la protección del sistema jurídico, es no solamente posible sino natural y obvio que el Estado tenga la facultad de hacer explícito mediante sentencia que ningún derecho existía, con miras a deducir los efectos prácticos de esa situación jurídica, tomando para sí, a nombre de la sociedad, los bienes mal habidos, sin importar la fecha en que la supuesta adquisición se produjo». Para la Corte constitucional de Colombia constituye un presupuesto esencial de la garantía de irretroactividad de la ley la legitimidad del derecho consolidado según el orden jurídico anterior. Por ello concluye: «(e)l propósito de ese postulado no es otro que el de crear en los gobernados la certidumbre acerca de que si cumplen las leyes vigentes y al amparo de ellas adquieren derechos a su favor o se perfeccionan situaciones jurídicas, las nuevas leyes que el Estado promulgue no habrán de afectar lo que legítimamente se obtuvo con anterioridad a su vigencia. Pero, a la inversa, el Estado goza de libertad para regular los efectos de hechos anteriores que no han implicado la consolidación de derechos ni el perfeccionamiento de situaciones jurídicas bajo la protección del orden jurídico precedente, en especial si ello resulta indispensable para hacer que prevalezca el interés colectivo.»

Esta es la línea que sigue la sentencia de la *Sala de lo Constitucional de El Salvador* de 2018⁶ cuando analiza las disposiciones sobre la aplicación hacia atrás en el tiempo de la extinción de dominio. De acuerdo con ella, una ley es retroactiva cuando afecta derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas, en la medida en que se han cumplido con las normas que prevén las condiciones necesarias para su surgimiento. Con base en la jurisprudencia

⁵ Sentencia C-374 (Corte Constitucional, M. P. José Gregorio Hernández, 13 de agosto de 1997).

⁶ Sentencia de la Sala de lo Constitucional 146-2014/107-2017 de El Salvador, de fecha 28 de mayo de 2018.

de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁷ afirma que «si el derecho no ha sido adquirido o la situación jurídica no se ha consolidado, la ley no debe considerarse retroactiva, lo que significa que no contraviene la prohibición de retroactividad y no se produce un efecto proscrito constitucionalmente». En relación con el derecho de propiedad, señala la Corte que «la prohibición de retroactividad se manifiesta solamente cuando el derecho de dominio ya ingresó en la esfera jurídica de la persona pues solo entonces es imposible privarle de él, a menos que sea de conformidad con la Constitución y la ley. Por el contrario, cuando la persona no ha cumplido con las normas constitutivas necesarias para la adquisición de tal derecho, no puede ampararse en la figura de la irretroactividad». Por este motivo concluye que la ley no es retroactiva porque el Derecho no puede afectar un resultado jurídico que nunca se produjo.

La sentencia de la *Corte de Constitucionalidad de Guatemala* de 2012⁸ sigue el mismo camino cuando afirma que la ley «no se está aplicando de forma retroactiva porque se refiere a bienes de origen ilícito o delictivo, los cuales no son reconocidos por el Estado porque no fueron obtenidos de acuerdo con la ley, no hay derechos consolidados bajo el imperio de alguna ley, la obtención es nula desde su inicio y esa nulidad es permanente, no prescribe por el transcurso del tiempo». Lo que hace la norma es «juzgar hacia el pasado aspectos sobre el dominio de los bienes, cuando estos sean producto o derivado de actos ilícitos o contrarios a la ley, es decir actos en los que no se consolida válidamente la propiedad de los bienes por el vicio que existe desde su origen, lo que hace que no estén sujetos a la protección que la ley otorga, dada su nulidad *ab initio*, al carecer de un título legítimo que les ampare, proceder que no implica obrar retroactivamente». Y concluye: «la adquisición ilícita de los bienes por medio de actos delictivos, no prescribe, ya que al nunca nacer a la vida jurídica, el derecho de propiedad no existe, por ser nulo desde su origen, lo que implica que no tenga protección estatal y pueda ser perseguido en cualquier tiempo, sin que ello implique un obrar ilegítimo hacia el pasado de manera retroactiva.»

⁷ Cita la Sentencia de 4-III2011, caso *Abrill Alosilla y otros vs. Perú*, párrafo 82, que señala que la figura de «los derechos adquiridos, entendidos como derechos que se han incorporado al patrimonio de las personas» constituye el fundamento del «principio de la irretroactividad de la ley, es decir, que la nueva ley no tiene la virtud de regular o afectar las situaciones jurídicas del pasado que han quedado debidamente consolidadas, y que resultan intangibles e incólumes frente a aquella, cuando ante una determinada situación de hecho se han operado o realizado plenamente los efectos jurídicos de las normas en ese momento vigentes».

⁸ Sentencia 1739-2012 de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

En el mismo sentido, la *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras*⁹ señala que la ley que regula la extinción de dominio «otorga al Estado la herramienta judicial para hacer efectivo y palpable el postulado, deducido del concepto mismo de justicia, según el cual el crimen, el fraude y la inmoralidad no generan derechos. El Estado no puede avalar o legitimar la adquisición de la propiedad que no tenga como fuente un título válido y honesto; es decir, que la propiedad se obtiene en cierto modo mediante la observancia de los principios éticos, en consecuencia, la protección estatal, no cobija a la riqueza que proviene de la actividad delictuosa de las personas; es decir, no puede premiarse con el amparo de la autoridad estatal la adquisición de bienes por la vía del delito, importante también resulta anotar, que como sobre los bienes adquiridos directa o indirectamente de una actividad ilícita no puede consolidarse derecho alguno, es evidente entonces que tampoco podrá transmitirse la propiedad de los mismos por quien figure como su titular, consecuentemente en el caso del heredero o legatario de un bien adquirido directa o indirectamente de una actividad ilícita, también sufrirá las consecuencias del fallo de extinción de dominio, sin que pueda reclamar derecho de herencia alguno, dado que en razón de la ilícita procedencia del bien, el causante no les ha transmitido ningún derecho.» Concluye por ello que no tiene un carácter retroactivo.

b) LA APLICACIÓN RETROACTIVA ES INCONSTITUCIONAL: LA SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR

La *Corte Constitucional de Ecuador* analizó en 2021 el proyecto de ley de extinción de dominio presentado que preveía expresamente la aplicación retroactiva de la misma. Desmarcándose de la opinión de las Cortes constitucionales de otros países antes explicada, la Corte constitucional de Ecuador entiende que la privación de bienes de origen delictivo tiene la naturaleza jurídica de sanción patrimonial. Siendo esto así, la aplicación retroactiva de una sanción patrimonial resulta contraria a la seguridad jurídica contenida en el artículo 82 de la Constitución de Ecuador y al principio de legalidad contenido en el artículo 76 numeral 3 del texto constitucional. Por lo que declara que el

⁹ Sentencia n.º RI-706-11 de Corte Suprema de Justicia, 1 de octubre de 2013.

precepto que prevé expresamente la retroactividad o retrospectividad es inconstitucional¹⁰.

III. RETROACTIVIDAD Y PRESCRIPCIÓN: LA SITUACIÓN EN ITALIA Y EN ALEMANIA

En Europa vamos a referirnos a la situación de Italia y de Alemania tanto respecto de la retroactividad del decomiso como de la prescripción del delito.

1. Italia: retroactividad del decomiso de ganancias y prescripción del delito

En Italia existen numerosas modalidades de decomiso. La figura genérica del decomiso está prevista y regulada en el Libro I, «De los delitos en general», Capítulo II, «De las medidas de seguridad patrimoniales» del Código penal italiano. Es considerada una «medida de seguridad patrimonial» de naturaleza preventiva, dirigida a eliminar la peligrosidad de los bienes¹¹. El decomiso puede recaer sobre diversos objetos relacionados con cualquier delito: precio, instrumentos, producto, beneficio procedente del delito, etc. El hecho de que se asigne al decomiso genérico un fin preventivo permite eludir ciertas garantías fundamentales del Derecho penal, como el *principio de irretroactividad in malam partem*. Las reglas generales aplicables al decomiso se contienen en el artículo 236, párrafo 2 CP, según el cual al decomiso no se aplican las reglas de los artículos 200 y 210 CP. El artículo 200 CP, cuya rúbrica es «aplicabilidad de las medidas de seguridad en cuanto al tiempo, al territorio y a las personas», dispone que las medidas de seguridad se rigen por la ley vigente al tiempo de su aplicación, algo que queda exceptuado en materia de decomiso. Así, la Corte de Casación italiana ha señalado que el principio de irretroactividad de la ley penal opera respecto a las normas que crean delitos, pero no respecto a las medidas de seguridad. Por ello, admite que el decomiso se pueda disponer también en relación con delitos cometidos en un momento

¹⁰ Corte Constitucional de Ecuador, Dictamen N.º 1-21-OP/21, de fecha 17 de marzo de 2021, fundamento 71.

¹¹ MONGILLO, Vincenzo, El decomiso de las ganancias de la corrupción en Italia. En busca de las garantías perdidas, en Criminal Justice Network, 14 dic. 2018, disponible en <https://www.criminaljustice-network.eu/es/post/el-decomiso-de-las-ganancias-de-la-corrupcion-en-italia-en-busca-de-las-garantias-perdidas>.

en el que no estaba legislativamente previsto o estaba legislado de manera distinta¹².

En cuanto a la aplicación del decomiso a las ganancias procedentes de *delitos ya prescritos*, hemos dicho que al decomiso no le es de aplicación lo previsto en el artículo 210 CP, cuya rúbrica es «efectos de la extinción del delito o de la pena», según el cual la extinción del delito impide la aplicación de las medidas de seguridad y hace cesar su ejecución, siendo la prescripción una causa de extinción del delito (art. 157 CP). La relación entre lo dispuesto en el artículo 210 y el artículo 236 CP permite afirmar que el decomiso, a diferencia de otras medidas de seguridad, no es incompatible con la extinción del delito o de la pena y, por tanto, también en los casos de prescripción el decomiso puede ser aplicado y mantenido (también en este sentido la jurisprudencia italiana¹³).

2. La postura del Tribunal Constitucional alemán

El 1 de julio de 2017 entró en vigor en Alemania la Ley de Reforma de la recuperación de activos (*Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung*), cuyo objetivo fue incorporar la normativa de la Unión Europea sobre el decomiso¹⁴. En los últimos años, el legislador alemán ha incluido de manera expresa en dos ocasiones la retroactividad de las disposiciones relativas al decomiso de los §§ 73 y siguientes del Código penal alemán (*Strafgesetzbuch – StGB*), que permiten su aplicación a delitos cometidos antes de su entrada en vigor. Por un lado, el artículo 316.h inciso primero de la *Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch* (EGStGB) dispone que los §§ 73 y siguientes StGB también se aplican cuando se trata de decomisar bienes relacionados con delitos cometidos antes del 1 de julio de 2017. Por otro lado, la Ley Tributaria de 2020 introdujo el artículo 316.j n.º 1 EGStGB y el § 73.e, párr. 1, inciso segundo, StGB, que regulan la retroactividad de los §§ 73 y siguientes StGB para los casos de fraude fiscal grave ya prescritos de acuerdo con el § 370, párr. 3, inciso segundo, n.º 1, de la *Abgabenordnung* (AO) cometidos antes del 29 de diciembre 2020, aunque en ese momento el decomiso no estuviera previsto para delitos prescritos.

¹² Por ejemplo, Cassazione penale, Sez. I, sentenza n. 3717 del 7 luglio 1999.

¹³ Entre otras sentencias, Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno 2015 (dep. 21 luglio 2015), n. 31617.

¹⁴ Sobre el decomiso en Alemania véase CARRILLO DEL TESO, Ana E., El nuevo régimen de recuperación de activos en Alemania o la sublimación del principio «crime doesn't pay», en *Decomiso y recuperación de activos «Crime doesn't pay»*, coord. por Ignacio Berdugo Gómez de la Torre/Nicolás Rodríguez García, 2020, pp. 541-560.

En una decisión de 2021, el *Tribunal Constitucional Federal* (TC) confirmó la constitucionalidad del artículo 316.h inciso primero EGStGB¹⁵. En abril de 2022, tras la importante sentencia del Tribunal Supremo Federal (BGH) sobre el caso de las transacciones financieras fraudulentas Cum-Ex¹⁶, el TC también se pronunció sobre el artículo 316.j n.º 1 EGStGB¹⁷. Al igual que el BGH, la Segunda Sala del TC confirmó la constitucionalidad del § 73e párr. 1 inciso segundo StGB en relación con el artículo 316.j n.º 1 EGStGB. La argumentación del tribunal se basó en dos aspectos: primero, que el decomiso previsto en los §§ 73 y siguientes StGB no constituye un castigo penal, por lo que no es aplicable la prohibición penal de retroactividad prevista en el artículo 103 párrafo 2 de la Constitución alemana¹⁸ y, segundo, que el art. 316.j n.º 1 EGStGB representa una excepción admisible a la prohibición de retroactividad.

El TC abordó de manera extensa la cuestión de la *naturaleza jurídica del decomiso*, en concreto, si tiene o no carácter penal. El decomiso, afirma el Tribunal, «no es un castigo accesorio sujeto al principio de culpabilidad, sino una medida de tipo propio con carácter similar a la *condictio*¹⁹, para la cual no rige la prohibición penal de retroactividad del artículo 103, párrafo 2, de la Constitución alemana»²⁰.

El *fundamento de la prohibición de la retroactividad* radica, dice el TC alemán, en la *seguridad jurídica*, la confianza en la previsibilidad del ordenamiento jurídico creado bajo la vigencia de la Constitución alemana y de los derechos adquiridos sobre la base de ella. La prohibición de retroactividad, sin embargo, no solo encuentra su fundamento en garantía de la seguridad jurídica, sino también su límite. No rige en la medida en que, excepcionalmente, en el momento anterior no pudo surgir la confianza en la permanencia del derecho vigente o cuando la confianza en un ordenamiento jurídico determinado no era digna de protección. A su juicio, la protección de la confianza debe ceder, en particular, cuando intereses superiores del bien común, que tienen prioridad sobre el principio de seguridad jurídica, requieran una aplicación retroactiva. Con la aplicación del decomiso a los casos de prescripción del delito fiscal el

¹⁵ BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 10. Februar 2021 –2 BvL 8/19–. ECLI: DE: BVerfG:2021:1s20210210.2bv1000819.

¹⁶ BGH, Urteil vom 28. Juli 2021 –1 StR 519/20–LGBonn. ECLI: DE: BGH:2021:280721U1STR519.20.0

¹⁷ BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 07. April 2022 –2 BvR 2194/21–. ECLI: DE: BVerfG:2022:rk20220407.2bvr219421.

¹⁸ De acuerdo con este precepto, un acto sólo podrá ser penado si su punibilidad estaba establecida por ley anterior a la comisión del acto.

¹⁹ La *condictio* en el Derecho romano era un tipo de acción que se ejercía en casos de enriquecimiento injusto. Generalmente, la *condictio* ofrecía la posibilidad de reclamar a la parte enriquecida lo que había obtenido injustamente.

²⁰ BVerfG, 2 BvR 2194/21, nm. 66-67.

legislador persigue el objetivo de eliminar las perturbaciones del orden patrimonial producidas por el fraude fiscal a gran escala que se prolongan hasta el presente y así dejar claro a la comunidad jurídica que el delito no resulta beneficioso. Este objetivo es legítimo y de gran importancia y su consecución tiene prioridad sobre el interés de los afectados de poder mantener los bienes obtenidos de delitos fiscales tras la prescripción del fraude fiscal²¹.

Concluye el TC que, dado que la obtención de bienes mediante hechos delictivos no es aprobada por la comunidad, el patrimonio obtenido de esta manera sigue estando manchado por su origen delictivo, aunque se haya producido la *prescripción del fraude fiscal*. La persistente mancha de los bienes constituye una manifestación del principio general de que la confianza en la permanencia de derechos adquiridos de manera deshonesto no es digna de protección. Esta consideración no solo es válida en el ámbito de la delincuencia organizada, sino también para cualesquiera ganancias procedentes de delitos²².

IV. OPINIÓN PERSONAL

A diferencia de lo que ocurre en otros países, el CP español no prevé de manera expresa la retroactividad del decomiso de ganancias. Sí que regula la posibilidad de decomisar ganancias en casos de prescripción del delito (art. 127 ter.1.c) CP). Vamos a examinar, en primer lugar, si es legítima una ley que prevea la aplicación del decomiso de ganancias a hechos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor y, a continuación, si la práctica judicial actual es compatible con el decomiso de ganancias de delitos ya prescritos y en qué condiciones.

1. Desde algunas posturas, como hemos explicado, se afirma que la previsión expresa de la retroactividad en legislación sobre el decomiso de ganancias que permita su aplicación a hechos delictivos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor es contraria a la prohibición de la aplicación retroactiva de las leyes penales. Esta afirmación, sin embargo, exige una mayor argumentación. Quienes así lo ven alegan que el decomiso tiene naturaleza sancionadora y, por ello, su aplicación hacia atrás supone una vulneración del principio de legalidad. La prohibición de retroactividad de las disposiciones penales está vinculada indisolublemente al contenido esencial del principio de

²¹ BVerfG, 2 BvR 2194/21, nm. 83-84.

²² BVerfG, 2 BvR 2194/21, nm. 90-91.

legalidad. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, «el fundamento del principio de irretroactividad de la Ley penal se identifica con el del principio *nullum crimen, nulla poena sine previa lege*, es decir, con la garantía del ciudadano de que no será sorprendido *a posteriori* con una calificación de delito o con una pena no prevista o más grave que la señalada al tiempo del hecho»²³. De acuerdo con esta postura, la imposición del decomiso a hechos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor supone materialmente la vulneración de la *garantía de seguridad jurídica* que permite a los ciudadanos confiar en que no van a poder ser sorprendidos *a posteriori* con una sanción desconocida en el momento de actuar. La prohibición de la irretroactividad no solo protege al ciudadano frente a condenas sorpresivas, aumentos de penalidad o imposición de nuevas penas *ex post facto*, sino que también le permite adecuar su conducta a los mandatos y prohibiciones de las leyes, pues va a poder planificar su comportamiento y prever sus consecuencias. Dejando de lado aspectos preventivos (solo se pueden evitar delitos si los ciudadanos conocen en el momento de su ejecución que están prohibidos y la sanción que se les impone), es la garantía de la seguridad jurídica, como elemento esencial del principio de legalidad, la que resulta vulnerada en caso de aplicación retroactiva de normas penales. La seguridad jurídica no solo impide eventuales condenas imprevistas, endurecimiento de penas o aplicación de nuevas sanciones, sino que también permite que los ciudadanos puedan conocer si su comportamiento es acorde a la ley penal y actuar en consecuencia. La idea que subyace a todo esto es, evidentemente, la de la previsibilidad, esto es, la posibilidad de conocer si un comportamiento es delito y sus consecuencias.

A nuestro juicio, la posibilidad de aplicar el decomiso de manera retroactiva (o retrospectiva) depende esencialmente de dos parámetros: la naturaleza jurídica del decomiso y la confianza que pueden tener quienes han obtenido bienes de un delito en que pueden disfrutarlos lícitamente para siempre.

– El decomiso de ganancias responde a la *idea de neutralizar un enriquecimiento ilícito* o una situación patrimonial ilícita. El Estado no consiente que se puedan obtener beneficios de la realización de conductas delictivas, por lo que ordena su pérdida. Se trata de una institución muy cercana a la civil que pretende evitar un enriquecimiento injusto o sin causa. Con el decomiso de ganancias (tanto brutas como netas) no se persigue castigar al sujeto por la realización de un hecho antijurídico, sino corregir una situación patrimonial ilícita y enviar un mensaje de que el delito no es una actividad lucrativa (fun-

²³ STC 21/1993, de 18 de enero, FJ 5.

ción preventiva). La *finalidad* del decomiso de ganancias es la eliminación del enriquecimiento patrimonial generado por la infracción penal, evitar el disfrute de los beneficios obtenidos mediante un hecho antijurídico. No reviste, en definitiva, el carácter de sanción penal²⁴, por lo que su aplicación a hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la legislación sobre el decomiso de ganancias no es contraria al principio de irretroactividad de las leyes penales²⁵.

– Esto viene también confirmado por el fundamento material del principio de irretroactividad, que radica, como sabemos, en la *garantía de la seguridad jurídica* que exige el principio de legalidad. Se trata de saber si quien obtiene ganancias de la comisión de un hecho delictivo puede confiar en ese momento en que existe la posibilidad de consolidar derechos patrimoniales sobre las mismas. A nuestro juicio, el delito no constituye causa legítima para adquirir la propiedad u otros derechos sobre los bienes. El delincuente (y cualquier tercero que se haya enriquecido) no obtiene ningún derecho sobre las ganancias del delito, tiene una mera tenencia fáctica sobre los bienes que carece de protección jurídica. El decomiso de ganancias, aplicado a delitos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, declara precisamente que quien alega algún tipo de derecho sobre el bien carece de él. Nadie puede confiar razonablemente en que puede adquirir la propiedad de los bienes a través de la comisión de un delito.

En definitiva, no se vulnera el principio de irretroactividad (artículos 9.3 y 25.1 CE) porque el decomiso de ganancias no es una disposición sancionadora (no es sanción penal) ni restrictiva de derechos individuales (porque no existen tales derechos).

2. Pienso que estas mismas ideas subyacen en la posibilidad de decomisar ganancias que proceden de *delitos ya prescritos*. El hecho de que se extinga la responsabilidad penal por el transcurso del tiempo no elimina la mancha de tales ganancias, respecto de las cuales los delincuentes no pueden alegar un derecho de propiedad válido. Esto es lo que inspira la regulación del decomiso autónomo o decomiso sin condena del art. 127 ter.1.c) CP, que permite el decomiso de efectos, instrumentos y ganancias²⁶ cuando la situación patrimonial

²⁴ En contra PAVLAKOS, Nikolaos, Plädoyer für den (teilweisen) Strafcharakter der Vermögensabschöpfung im Hinblick auf Art. 316j Nr. 1 EGStGB, Wistra 2023, Heft 01, pp. 8-14, quien, en el caso del decomiso de ganancias brutas, observa en el decomiso un carácter sancionador.

²⁵ Ampliamente BLANCO CORDERO, Isidoro, El comiso de ganancias: ¿brutas o netas?, Diario La Ley, n.º 7569, 2011, y la bibliografía citada.

²⁶ El decomiso ampliado previsto en el art. 127 bis n.º 5 CP excluye expresamente el decomiso «cuando las actividades delictivas de las que provengan los bienes o efectos hubieran prescrito».

ilícita quede acreditada en un proceso contradictorio y no se imponga una pena a un sujeto por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido. Precisamente la prescripción constituye una causa que extingue la responsabilidad criminal de conformidad con el art. 130.1.6.º CP. Por lo tanto, no hay duda de que la prescripción del delito permite el decomiso de sus ganancias (también de los instrumentos, algo que es más difícil de fundamentar por tener una naturaleza parcialmente sancionadora²⁷). El transcurso del tiempo, según esto, no permite legitimar los bienes obtenidos del delito, que siguen procediendo de un hecho típico y antijurídico. En este contexto, el delincuente no puede confiar en que se produzca la legalización de los bienes originados en una infracción penal, ni siquiera por prescripción. Por ello, resulta ciertamente llamativa la regulación del art. 1956 del Código civil, que concede a la prescripción cierto papel en la adquisición de la propiedad, aunque requiere algunos requisitos adicionales. Recordemos que este precepto dice que «las cosas muebles hurtadas o robadas no podrán ser prescritas por los que las hurtaron o robaron, ni por los cómplices o encubridores, a no haber prescrito el delito o falta, o su pena, y la acción para exigir la responsabilidad civil, nacida del delito o falta». La prescripción del delito en este caso es un requisito que, junto con otros (prescripción de la acción civil derivada del delito), permite prescribir los bienes procedentes de un delito (hurto o robo), esto es, adquirir su propiedad y, por lo tanto, descontaminarlos. Pienso que se trata de un precepto que convendría repensar, pero que no impide el decomiso de ganancias en supuestos de prescripción del delito. Por un lado, porque el precepto civil se circunscribe exclusivamente a los delitos de hurto y robo, por lo que el resto de los delitos no quedan incluidos. Por otro, porque se refiere únicamente a bienes que constituyen el objeto material de estos delitos, respecto del cual lo que procede con carácter general es la aplicación de la responsabilidad civil, esto es, la restitución a sus legítimos propietarios.

La aplicación del decomiso en caso de prescripción del delito precisa alguna precisión adicional. Como sabemos, la acción mediante la que se solicita el decomiso de ganancias puede ejercerse tanto en el procedimiento penal como en el denominado procedimiento de decomiso autónomo (arts. 803 ter e Ley de Enjuiciamiento Criminal– LECrim). Precisamente respecto de este procedimiento de decomiso autónomo, solamente puede ser iniciado cuando el proceso en el que se resuelva sobre las responsabilidades penales del encausa-

²⁷ Sobre esta cuestión véase BLANCO CORDERO, Isidoro, Decomiso de instrumentos propiedad de terceros no responsables del delito, en Libro homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero: un Derecho penal humanista, coord. por Rosario de Vicente Martínez, Diego José Gómez Iniesta, M. Teresa Martín López, Marta Muñoz de Morales Romero, Adán Nieto Martín, Vol. 2, 2021, pp. 791-802.

do ya hubiera concluido con sentencia firme (art. 803 ter e n.º 3 LECrim.). Sin embargo, en la práctica judicial, cuando se entiende que un delito ha prescrito antes de que recaiga sentencia, se procede habitualmente al sobreseimiento libre y al archivo de la causa²⁸. Sobreseída la causa no es posible ya aplicar el decomiso, ni en el proceso penal ni en el marco de decomiso autónomo. Por ello, conviene que la práctica de sobreseer y archivar la causa en caso de prescripción comience a ser repensada, ya que entre sus consecuencias jurídicas está que impide el decomiso. El artículo 127 ter CP alude a que puede no existir sentencia de condena para imponer el decomiso de ganancias, y señala que el decomiso «solamente podrá dirigirse contra quien haya sido formalmente acusado o contra el imputado con relación al que existan indicios racionales de criminalidad cuando las situaciones a que se refiere el apartado anterior hubieran impedido la continuación del procedimiento penal». Desde luego llama la atención que no se aluda a las categorías actuales de «investigado» y «encausado»²⁹. Pero, en cualquier caso, si se decreta el sobreseimiento libre difícilmente se podrá acreditar que existen indicios racionales de criminalidad con relación a un sujeto, lo que impide la aplicación del artículo 127 ter CP.

Otra precisión es que, como no se regula de manera expresa la aplicación retroactiva del decomiso, solamente podrán decomisarse bienes de delitos que prescriban tras la entrada en vigor de la ley penal que regula el decomiso autónomo o sin condena. Recordemos que este se introdujo mediante el artículo único 44 de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que incorporó el n.º 3 del art. 127 en el CP y que entró en vigor el día 1 de octubre de 2004. Desde luego que sería posible aplicarlo a hechos anteriores si la retroactividad del decomiso de productos o ganancias estuviera prevista expresamente en la ley, cosa que hoy no ocurre. En cualquier caso, si bien es conveniente regular la retroactividad, también es adecuado pensar detenidamente su alcance (si es aplicable a todos los delitos o solo algunos, o prever un período de tiempo hacia atrás al que alcanza el decomiso)³⁰.

²⁸ Véase, por ejemplo, la STS 794/2021, de 20 de octubre de 2021, en la que la Sala confirma el auto de sobreseimiento libre por encontrarse los hechos denunciados prescritos.

²⁹ Ampliamente sobre el decomiso autónomo RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, *El decomiso de activos ilícitos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 194 ss.

³⁰ Sobre las posibles opciones véase BLANCO CORDERO, Isidoro, *Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio)*, en *El derecho penal y la política criminal frente a la corrupción*, coord. por Eduardo Ángel Fabián Caparrós, Miguel Ontiveros Alonso, Nicolás Rodríguez García, 2012, pp. 337-371.

CAPÍTULO XLVI

EL ARTÍCULO 76 CP TAMBIÉN LIMITA EL CUMPLIMIENTO SUCESIVO DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE DERECHOS

SERGI CARDENAL MONTRAVETA

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Barcelona

I. INTRODUCCIÓN

1. En multitud de trabajos, el Prof. Dr. Dr. h. c. de Vicente Remesal se ha ocupado brillantemente de la regulación de las penas privativas de derechos, una materia que plantea múltiples interrogantes, tanto *de lege lata* como *de lege ferenda*. Queriendo así rendirle un sentido y merecido homenaje, en las próximas páginas me ocuparé de una de las cuestiones sobre las que no parece haber consenso: el tiempo máximo de cumplimiento sucesivo de las penas privativas de derechos impuestas al condenado por un concurso de delitos y, más concretamente, la posibilidad de limitar la acumulación material de estas penas aplicando el artículo 76 CP¹.

2. La regulación española sobre el tratamiento del concurso real de delitos parte de la acumulación material de las penas. Pero, atendiendo a que una acumulación ilimitada de las penas *podría* dar lugar a una respuesta desproporcionada (por innecesaria o porque los costes son superiores al beneficio que

¹ Tampoco hay acuerdo sobre la posibilidad de cumplir sucesivamente las penas de multa impuestas al condenado por un concurso real de delitos y limitar su acumulación. Lo único que está claro es que el art. 76 CP limita el cumplimiento sucesivo de las *penas privativas de libertad*. Me he ocupado de aquella cuestión en CARDENAL MONTRAVETA, Ejecución y prescripción de la pena de multa, 2020, pp. 49-95.

genera) y/o podría infringir la prohibición de penas inhumanas y/o la exigencia de que las penas privativas de libertad se orienten a la reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE)². desde el Código Penal de 1870 el legislador español prevé la posibilidad de limitar la acumulación material de las penas, por lo menos cuando no puedan cumplirse simultáneamente³. Se prevé, así, un sistema de «acumulación jurídica». Cuando las penas no puedan cumplirse simultáneamente y, por ello, deba procederse a su cumplimiento sucesivo (arts. 73 y 75 CP), el art. 76.1 prevé la posibilidad de limitar el tiempo máximo de cumplimiento de las penas impuestas a los delitos que se juzgaron o (desde un punto de vista cronológico) pudieron juzgarse conjuntamente (art. 76.2 CP). Se prevé un límite relativo (que se fija atendiendo a la duración de la más gra-

² Sobre las objeciones dirigidas a la acumulación material, el fundamento de su limitación y la valoración doctrinal de la «acumulación jurídica», ver, muy críticamente, SANZ MORÁN, El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa, 1986, pp. 25-28, 30-31, 237, 254-255, 257; CUERDA RIEZU, Concurso de delitos y determinación de la pena, 1992, pp. 36-49, 56-59, 87-88, 93-96, 271-273; CARDENAL MONTRAVETA, Dogmática creadora, política criminal y determinación de la pena del concurso real de delitos, en SILVA SÁNCHEZ Y OTROS (coords.), Estudios de Derecho Penal. Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig, 2017, pp. 915-926; ORTEGA MATESANZ, La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español: Estudio de las reglas limitativas de los arts. 76 y 77 CP, 2022, pp. 92-103 y 178-192. Ver también DE VICENTE MARTÍNEZ, Fundamento de la acumulación, en LA MISMA AUTORA (coord.), La aplicación práctica del incidente de acumulación de condenas, 2017, pp. 199 ss. con múltiples referencias jurisprudenciales; VARONA JIMÉNEZ, Tratamiento procesal y sustantivo de la acumulación jurídica de penas, 2.ª ed., 2022, pp. 42, 75-84 y 86; MORILLAS CUEVA, La punición del concurso de delitos ante una hipotética reforma del Código Penal, en DÍEZ RIPOLLÉS, y otros (dirs.), La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir, 2002, pp. 466, 472-73; SUÁREZ LÓPEZ, El concurso real de delitos, 2001, pp. 108-112, 115-121; GONZÁLEZ RÚS, Comentario a los arts. 73 y 75 a 78, en COBO DEL ROSAL (dir.), Comentarios al Código Penal, t. III, 2000, pp. 961-962 963-964, 981, 991-1012. Ver, así mismo, Circular FGE 1/2014, ap. I. En la jurisprudencia, ver, p. ej., STC 35/2014, 27 feb, FJ 6 y STS 992/2021, de 16 dic.

³ Sobre los antecedentes de la regulación española de los concursos de delitos, ver SANZ MORÁN, El concurso, 1986, pp. 173 ss. Solo el Código Penal de 1928 distinguía expresamente entre el límite máximo de cumplimiento de las penas privativas o restrictivas de libertad, el de las penas privativas de derechos políticos y civiles, y el de las penas de multa. Lo hacía en el art. 163, después de indicar el orden en el que debían cumplirse sucesivamente las penas de muerte, privativas de libertad y restrictivas de libertad, y de fijar el límite máximo de cumplimiento efectivo. Más concretamente, la regla 1.ª del art. 163 disponía: «No se podrá imponer a un reo en una misma sentencia penas privativas o restrictivas de libertad que en conjunto sumen un tiempo mayor del triple de la de mayor duración en que incurra, ni en ningún caso de cuarenta años (...).» A continuación, la regla 2.ª establecía: «En cuanto a las penas de privación de derechos políticos y civiles correspondientes a las distintas infracciones que deban ser impuestas en una misma sentencia, ya solas o conjuntamente con otras, los Tribunales, a su prudente arbitrio, fijarán la clase y la duración de la inhabilitación que haya de sufrir el reo, dentro del máximo que resulte de la acumulación». Y la regla 3.ª añadía: «Cuando las penas correspondientes a las distintas infracciones sean de multa, ya estén impuestas solas o conjuntamente con otras penas, los Tribunales señalarán, a su prudente arbitrio, la cuantía total de la multa dentro el máximo que resulte de la suma de todas ellas, teniendo en cuenta la fortuna del penado, la perversidad que demuestre y el número y naturaleza de los diversos delitos cometidos». Sobre los antecedentes de la regulación actual del tratamiento del concurso real, ver también VARONA JIMÉNEZ, Tratamiento, 2.ª ed., 2022, pp. 91 ss.; ORTEGA MATESANZ, La evolución de las penas del concurso de delitos en la codificación penal española, 2022.

ve de las penas impuestas) y varios límites absolutos. Más concretamente, el artículo 76.1 CP dispone:

«1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de veinte años. Excepcionalmente, este límite máximo será:

a) De veinticinco años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta veinte años.

b) De treinta años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a veinte años.

c) De cuarenta años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a veinte años.

d) De cuarenta años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos de terrorismo de la sección segunda del Capítulo V del Título XXII del Libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a veinte años.

e) Cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revisable, se estará a lo dispuesto en los artículos 92 y 78 bis.»

3. Tampoco está de más recordar aquí que la regulación general de las penas privativas de derechos se encuentra en los artículos 39 a 49 y 54 a 57 CP. Pueden estar previstas como penas principales o como penas accesorias. También en el primer caso suelen imponerse conjuntamente con otras penas y cumplirse simultáneamente con ellas. El cumplimiento sucesivo se planteará cuando su contenido coincida (p. ej., en el caso de varias penas de privación del derecho a conducir o varias que prohíben acercarse a una misma víctima y comunicarse con ella, también en el caso de una pena de inhabilitación absoluta y otra de inhabilitación especial para empleo o cargo público) y, por ello, cumplirlas simultáneamente neutralizaría injustificadamente su capacidad afflictiva y preventiva. También deberá procederse al cumplimiento sucesivo en aquellos supuestos en los que el cumplimiento simultáneo sea materialmente imposible (p. ej., no es posible cumplir simultáneamente más de tres penas de

trabajos en beneficio de la comunidad que consistan en la realización de actividades distintas durante 8 horas al día). La doctrina seguramente mayoritaria no considera problemática la aplicación del art. 76 para limitar el cumplimiento sucesivo de esta clase de penas⁴. Pero la posición de la jurisprudencia es mucho más ambigua.

II. ¿QUÉ DICE LA JURISPRUDENCIA?

4. Contra el auto que fija el límite máximo de cumplimiento de las penas impuestas podrá interponerse recurso de casación (art. 899 LECrim.). Pero pocas sentencias del Tribunal Supremo se ocupan directamente de la cuestión que pretendo analizar. La inmensa mayoría se ocupan de la «acumulación jurídica» de las penas privativas de libertad. Y aquí encontramos algunas afirmaciones muy equívocas y, por ello, desafortunadas. Veamos algún ejemplo.

Reproduciendo parcialmente la STS 502/2014, de 20 jun., la STS 279/2019, de 30 may., afirma: «En relación con las penas susceptibles de acumulación conviene tener presente, que *el artículo 76 del C. penal está previsto únicamente para penas privativas de libertad*»⁵. Esta afirmación se utiliza aquí para rechazar que la aplicación del artículo 76 CP, que ha servido para fijar el máximo de cumplimiento de las penas de *prisión* que deben cumplirse sucesivamente (o, dicho de otro modo, para realizar una «acumulación jurídica» de estas penas), pueda limitar *también* el cumplimiento de las penas de *multa* que no se han sustituido por penas de responsabilidad personal subsidiaria. La STS 279/2019, de 30 mayo, no analiza la posibilidad de acordar el cumplimiento sucesivo de las penas de *multa*, ni la posibilidad de limitarlo mediante la aplicación del artículo 76. Tampoco analiza la posibilidad de cumplir sucesivamente *penas privativas de derechos* que no pueden cumplirse simultánea-

⁴ Ver, p. ej., SANZ MORAN, El concurso, 1886, p. 237; VIZUETA FERNÁNDEZ, Régimen penológico del concurso real de delitos, 2020, pp. 69 y 72-77; VARONA JIMÉNEZ, Tratamiento, 2.ª ed., 2022, pp. 119-124; EL MISMO AUTOR, Las penas privativas de derechos: ¿Una pena acumulable?, RGDPR, 57, 2022, pp. 11 ss.; BOLDOVA PASAMAR, Aplicación y determinación de la pena, en BOLDOVA PASAMAR/ALASTUEY DOBÓN (coords.), Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, 2.ª ed., 2023, pp. 411 s.; ORTEGA MATESANZ, La penalidad del concurso, 2022, pp. 200, 214 s., 220; DÍEZ RIPOLLÉS, Derecho Penal Español. Parte General, 5.ª ed., 2020, p. 795; PUENTE ABA, en FARALDO CABANA/PUENTE ABA (dirs.), Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad, 2013, pp. 64 s, 87 s, 90 s, 107 y 109; LLORCA ORTEGA, Manual de determinación de la pena, 6.ª ed., 2005, p. 164; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), Comentarios, t. III, 2000, p. 965; GUTIÉRREZ ASANZA, Comentario al art. 76, en CUERDA ARNAU (dir.), Comentarios al Código Penal, t. 1, 2023, p. 625. Como se indica más adelante, algunos autores consideran que, en relación con las penas privativas de derechos, solo rige el límite relativo y el límite absoluto de los 20 años.

⁵ Cursiva añadida.

mente, ni la posible aplicación del artículo 76 para limitar en estos casos el tiempo máximo de cumplimiento. El Tribunal confirma la aplicación de dicho precepto para determinar el límite máximo de cumplimiento de *todas las penas privativas de libertad* (más concretamente, penas de prisión y de responsabilidad personal subsidiaria) que el penado debía cumplir sucesivamente por la comisión de multitud de delitos patrimoniales. Se rechaza, así, la petición de que el dicho límite se fijara separadamente. Me parece que, para llegar a esta conclusión, la afirmación de que el artículo 76 solo está prevista para aquella clase de penas era gratuita.

La STS 502/2014, de 20 jun., revisa la decisión sobre el tiempo máximo de cumplimiento. En lugar de tomar como referencia solo la pena más grave, el auto impugnado había calculado aquel límite tomando erróneamente como referencia *todas* las penas de prisión y multa impuestas, por la comisión de varios delitos, en la primera de siete sentencias condenatorias sucesivas. Además, parece ser que, respecto de una de aquellas penas de multa, no se había acordado la sujeción del penado a la responsabilidad personal subsidiaria. También en esta ocasión, la afirmación de que el artículo 76 CP únicamente está previsto para penas privativas de libertad estaba relacionada con el aspecto del auto recurrido al que acabo de referirme: El Tribunal solo quería indicar que –como dice a continuación expresamente– el límite máximo del cumplimiento de las penas privativas de libertad no se puede fijar tomando en consideración la responsabilidad personal subsidiaria asociada a una pena de multa hasta que no conste que ha dejado de satisfacerse y, también, la imposibilidad de cumplirla mientras se cumplen las penas de prisión impuestas, asimismo, al recurrente. En este sentido, también de forma ambigua, remitiendo a lo dicho ya en otras resoluciones, el Tribunal afirma que «deben ser excluidas *de toda acumulación* aquellas ejecutorias que conlleven únicamente pena de multa no transformada en privación de libertad». Lo que se quiere decir es que estas penas de multa no pueden tomarse como referencia al fijar el límite máximo de cumplimiento (al proceder a la «acumulación jurídica») de las penas privativas de libertad, y que este límite no afectará a la obligación de cumplir las penas pecuniarias⁶. Ello se justifica añadiendo que todavía no puede descartarse el cumplimiento simultáneo de las penas de prisión y de multa, ni la «sustitución» por trabajos en beneficio de la comunidad de las multas que resul-

⁶ La Circ. FGE 1/2014, sobre la acumulación de condenas, reproduce (ap. III.2) y asume la doctrina jurisprudencial sobre el «objeto de acumulación» que se acaba de exponer. Dicha doctrina se ha matizado en diversas sentencias más recientes y en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2018. Aquí se dice: «La pena de multa solo se acumula una vez que ha sido transformada en responsabilidad personal subsidiaria. Ello no obsta a la acumulación condicionada cuando sea evidente el impago de la multa». Ver, por todos, VARONA JIMÉNEZ, Tratamiento, 2.ª ed., 2022, pp. 106-116.

ten impagadas (art. 53 CP). Aquí es donde aparece la única referencia a una pena *privativa de derechos*, sugiriendo así el Tribunal que tampoco estas pueden tomarse como referencia al fijar el límite máximo de cumplimiento de las penas privativas de libertad y que este límite no podrá ser común para esta clase de penas y las penas privativas de derechos. Nada dice aquella sentencia sobre la posibilidad de cumplir simultáneamente varias penas de esta naturaleza; tampoco excluye expresamente su cumplimiento sucesivo y la posibilidad de limitarlo mediante la aplicación del artículo 76. Pero podría pensarse que esto es incompatible con la afirmación antes reproducida relativa a «las penas susceptibles de acumulación» y a las penas para las que «el artículo 76 del C. penal está previsto», como sería incompatible con otras afirmaciones similares⁷. Así lo sugiere el hecho de que también encontremos aquella afirmación (junto con la referencia a las dos sentencias antes mencionadas) en la STS 809/2021, de 21 oct., que sí se ocupa de la acumulación de varias penas *privativas de derechos* que no pueden cumplirse simultáneamente. A continuación, examinaré los antecedentes de esta resolución y los argumentos que maneja.

5. El recurrente fue condenado por la comisión de 1 delito de coacciones en el ámbito familiar, 3 delitos de lesiones en el ámbito familiar, 3 delitos de amenazas graves y 1 delito de vejaciones. Por el primer delito se impuso una pena de 10 días de localización permanente y otra de 6 meses de prohibición de comunicarse y aproximarse a su madre; por cada delito de lesiones se impuso una pena de 6 meses de prisión, junto con la prohibición de comunicarse y aproximarse a su madre durante 1 año y 6 meses; por cada delito de amenazas se impuso una pena de 5 meses de prisión y otra de 1 año y 5 meses de prohibición de comunicarse y aproximarse a su madre; y por el delito de vejaciones se impuso una pena de 10 días de localización permanente y otra de 6 meses de prohibición de comunicación y aproximación.

⁷ Solo como ejemplo, puede mencionarse aquí el ATS 1915/2013, de 17 oct., que afirma: «La jurisprudencia de esta Sala permite la acumulación de varias penas privativas de libertad, pero no de otras penas de distinta naturaleza. Tan solo es admisible bajo ciertas condiciones la acumulación de la pena de multa transformada en prisión por impago cuando se hubiera requerido de pago al penado y conste este dato en la ejecutoria así como su conversión en días de prisión (...). Es decir, salvo el supuesto excepcional del arresto sustitutorio por impago de multa, la acumulación a la que se refiere el artículo 76 del Código Penal es respecto a penas privativas de libertad». El auto recurrido había acordado la acumulación de diversas penas de prisión y «denegar la acumulación respecto a las distintas penas de prohibición de aproximación y de comunicación, de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, de trabajos en beneficio de la comunidad y restantes accesorias». No consta el número, ni su duración, ni si debían cumplirse sucesivamente. Con aquella argumentación, el Tribunal desestima el recurso, añadiendo: «no existe infracción del art. 76 del Código Penal, ya que la interpretación jurisprudencial actual impide la fijación de los criterios establecidos en este precepto a la acumulación de penas de distinta naturaleza a la pena de prisión. El art. 76 del Código Penal, está concebido para la acumulación de las penas de prisión y no para penas de otra naturaleza, como pretende el recurrente».

El auto recurrido en casación va precedido del AAP Vizcaya (sec. 1) 90117/2021, de 17 mar. Aquí se sugiere que el Juzgado de lo Penal núm. 7 de Bilbao limitó la acumulación material de las penas de prisión, fijando en 1 año y 6 meses el tiempo máximo de cumplimiento: el triple del tiempo por el que se impuso la más grave, que es inferior a la suma de todas ellas; pero, en cambio, acordó el cumplimiento sucesivo de las penas de prohibición de acercarse y comunicarse a la madre del condenado, sin limitar su acumulación material. Este último impugnó tal decisión alegando que está en proceso de rehabilitación, que las penas de alejamiento alteraban considerablemente este proceso y afectaban especialmente a su madre y que la suma de más de 7 años de alejamiento era excesiva. Por ello, solicitaba poder ver a su madre, en un punto de encuentro con control, una vez cumplida la cuarta parte de la condena. Con una argumentación confusa, la Audiencia Provincial de Vizcaya afirma en aquel auto que el Código Penal no impide limitar la acumulación de penas no privativas de libertad hasta el triple de la más grave. El Juzgado de lo Penal dictó a continuación un auto fijando en 3 años y 18 meses el límite máximo de cumplimiento de la prohibición de aproximación y comunicación (el triple del tiempo por el que se impuso la más grave, inferior a la suma de todas ellas). El condenado interpuso recurso de casación contra esta decisión, alegando que aquella acumulación arroja un resultado desproporcionado, que impide que la relación con su madre se pueda reanudar en un tiempo razonable. Considera que el límite máximo de cumplimiento de las penas privativas de derechos debería coincidir con el de las penas de prisión. El Tribunal Supremo empieza señalando que la cuestión planteada es muy compleja y poco explorada por la Sala, pero no puede ser abordada con la profundidad y plenitud que merece, debido a que la prohibición de *reformatio in peius* impide revisar en sentido agravatorio la decisión recurrida. Por ello advierte expresamente que la solución del caso no comporta una validación sin matices de la solución impugnada. A continuación, se dice: «Como esta Sala ha mantenido de forma reiterada, el mecanismo de la acumulación previsto en el artículo 76 CP solo debe activarse respecto a *penas privativas de libertad* en la medida en que otros tipos de penas que hayan podido imponerse no impiden, por su naturaleza y contenido aflictivo, su ejecución simultánea con las primeras –vid. por todas, SSTS 279/2019, 909/2014–. [./.] Este principio de simultaneidad reduce la necesidad de atemperación temporal de las penas no privativas de libertad para preservar los fines constitucionales de rehabilitación y resocialización». Seguidamente, el Tribunal vincula el fundamento del artículo 76 con la función de reeducación y reinserción social de las *penas privativas de libertad*, con la prohibición de que estas sean penas inhumanas porque impiden al penado recuperar la libertad y con los otros límites de su función preventiva. Se afirma:

«Los componentes retributivos de las penas privativas de libertad o, incluso, los fines de prevención general y especial que puedan identificarse en su imposición, deben ceder, dadas determinadas condiciones, ante intereses y valores que, como la dignidad humana, la libertad, el libre desarrollo de la personalidad y la proporcionalidad, resultan más decisivos para conformar las bases de nuestro sistema político y de convivencia. (...) Como apuntábamos, el mecanismo de la acumulación jurídica de penas del artículo 76 CP constituye, sin duda alguna, un instrumento decisivo de ajuste entre el resultado cuantitativo de las *penas privativas de libertad* impuestas en el marco de fórmulas concursales de comisión y los fines de reinserción y rehabilitación. (...) Lo dicho hasta ahora sirve para destacar la singularidad axiológica y teleológica del mecanismo de la acumulación de penas del artículo 76.1.º CP. Y que justifica, sobradamente, su *limitada aplicación a las penas privativas de libertad* pues es la ejecución de estas la que puede poner en alto riesgo los fundamentos constitucionales del sistema penal si no se contemplan fórmulas de atemperación de la suma aritmética de las impuestas»⁸. El Tribunal recuerda que las penas privativas de derechos reguladas en el artículo 57 CP «además de su contenido ontológicamente retributivo, adquieren, también, una finalidad comunicativa y pragmática específica como es la de proteger a la víctima del delito del riesgo de nuevos ataques por parte del victimario. (...) Pero además de la diferente funcionalidad entre las penas privativas de libertad y las privativas de derechos o de prohibiciones *que justifican un tratamiento cumulativo diferenciado*, estas responden a presupuestos de individualización también distintos». Al respecto, se destaca que las penas reguladas en el artículo 57 CP «no comparten los rasgos constitutivos de la accesoriadad penológica», porque su imposición no siempre es preceptiva y su duración no viene determinada por la de la pena principal, que solo actúa como marco de referencia, de modo que el juez debe fijar la duración de aquellas teniendo en cuenta, de manera especialmente significativa, los factores de riesgo o las necesidades de protección que concurran. Según el Tribunal Supremo, esto dificultaría aplicar aquí los límites previstos en el artículo 76 CP y aconseja entender «que la suma de los periodos fijados por cada delito es la que debe determinar el marco temporal de ejecución», añadiendo luego que, si «se tomara en cuenta la pena acumulada de prisión, un año y seis meses, para reformular la duración de las penas accesorias de prohibición de comunicación y aproximación, no debería prescindirse, en ningún caso, de la regla especial de determinación temporal prevista en el artículo 57 CP. Y que obliga a que su duración sea mayor entre uno y cinco años a la de la privativa de libertad», como sucede en el auto recurrido.

⁸ Las cursivas que aparecen en este fragmento y en los siguientes han sido añadidas.

Tiene razón el Tribunal cuando señala que el legislador no limita la acumulación de las penas que se cumplen efectivamente de forma simultánea. También cuando destaca la singularidad de las penas privativas de libertad en relación con la función resocializadora del derecho penal, y que las penas reguladas en el artículo 57 CP buscan proteger a la víctima con carácter complementario a la protección que puedan proporcionarle las penas principales, lo cual explicaría que su duración sea distinta. Pero todo ello no justifica la interpretación restrictiva del artículo 76 CP que lleva a entender que los límites aquí previstos solo son aplicables a las penas privativas de libertad.

III. POSICIÓN PERSONAL Y CONCLUSIONES

6. Como apuntaba anteriormente, las penas privativas de derechos pueden cumplirse *simultáneamente* con otras penas privativas de derechos (p. ej. se cumplirán simultáneamente las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de privación del derecho a conducir, impuestas por la comisión de uno o varios delitos de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas) y/o con penas de multa (p. ej., en el caso de la autoridad condenada por diversos delitos de desobediencia, o el condenado por varios delitos de conducción bajo la influencia castigados con penas de multa y de privación del derecho a conducir) y/o con penas privativas de libertad. Entonces no se fijará un único límite máximo de cumplimiento *común* para *todas* ellas. Porque nuestro legislador solo permite limitar (a través de los límites temporales previstos en el artículo 76.1 CP) la acumulación de las penas que deben cumplirse sucesivamente; ese límite se fijará teniendo únicamente en cuenta la duración de tales penas (o de las penas previstas para el correspondiente delito), y solo a ellas deberá referirse el límite que se fije⁹. Pero no hay ningún motivo para afirmar que aquel precepto permite limitar exclusivamente la acumulación de las penas *privativas de libertad*. La acumulación material de otras penas que deben cumplirse sucesivamente también puede ser desproporcionada, inhumana e impedir o dificultar la resocialización del condenado. Conviene recordar que la severidad de una pena y su eficacia resocializadora no dependen solo de su duración; también dependen de las condiciones de su cumplimiento. La legislación penitenciaria permite ajustar las condiciones de cumplimiento de las penas de prisión, de acuerdo con su función

⁹ En este sentido, BOLDOVA PASAMAR (BOLDOVA PASAMAR/ALASTUEY DOBÓN (coords.), Tratado, 2.ª ed., 2023, pp. 413 s.) destaca «que el procedimiento previsto en el art. 76 se ha establecido tan solo en relación con las penas de cumplimiento sucesivo entre sí, y no con las de cumplimiento simultáneo, por lo que las limitaciones habrán de operar con el grupo de penas que resulte homogéneo en este sentido». Ver también DÍEZ RIPOLLÉS, D. P. PG, 5.ª ed., 2020, p. 795.

preventiva¹⁰. Pero esto no es posible en el caso de las penas privativas de derechos, lo cual aconseja permitir que la severidad de la respuesta penal pueda atenuarse aquí, por lo menos, mediante la aplicación del artículo 76.1. En este sentido, me parece que una interpretación sistemática y teleológica del artículo 76.1 lleva a concluir que la referencia inicial al «triple del tiempo por el que se imponga la más grave de las penas» y al máximo absoluto de 20 años permite limitar, también, la acumulación de las penas *privativas de derechos* que deben cumplirse *sucesivamente* –p. ej. las penas de inhabilitación especial impuestas al funcionario que comete diversos delitos de prevaricación y que deben cumplirse sucesivamente, o las penas de inhabilitación profesional impuestas al médico condenado por diversos delitos de homicidio y/o lesiones cometidos por imprudencia profesional–, con independencia de si, simultáneamente, deben cumplirse otras penas. En estos casos (cuando tales penas se cumplan simultáneamente con otras penas privativas de libertad o privativas de derechos), ya hemos dicho que no se fijará un único límite máximo de cumplimiento común para todas ellas. El límite se fijará por separado para cada grupo de penas cuya naturaleza o efectos obligan a cumplirlas sucesivamente, siendo aquí irrelevante si deben o no cumplirse simultáneamente con otras penas y el límite máximo del cumplimiento de estas. Así se hizo en el auto cuya impugnación dio lugar a la STS 809/2021, de 21 oct. También se hizo así en la SAP Ciudad Real (sec. 1) de 17 mayo 2001, que confirmó la STS 117/2002, de 10 sept¹¹.

La aplicación del artículo 76.1 puede comportar que, en los casos aquí previstos, excepcionalmente, el límite máximo de cumplimiento de las penas privativas de derechos que deben cumplirse sucesivamente sea superior 20 años¹². El supuesto que analiza la STS 44/2018, de 25 en., es un buen ejemplo. El acusado mató a sus dos hijos; fue condenado por un delito de homicidio con

¹⁰ Sobre las condiciones de cumplimiento de las penas de prisión impuestas al condenado por un concurso real de delitos, ver CARDENAL MONTRAVETA, Desde el concurso de delitos hasta la prisión permanente revisable, en MUÑOZ SÁNCHEZ Y OTROS (dirs.), Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro Homenaje al Profesor José Luis Díez Ripollés, 2022, pp. 999-1010.

¹¹ Entre otros, la Audiencia condenó al recurrente por 1 delito de lesiones, 5 delitos de amenazas, 1 delito de incendio consumado y otro intentado, imponiendo diversas penas de prisión y de prohibición de aproximación y comunicación a la víctima y a diversos familiares. Ya en el fallo de la sentencia se fijó el límite máximo de cumplimiento de estas penas: 15 y 9 años, respectivamente: el triple de la más grave.

¹² Algunos autores que admiten la aplicación del límite relativo y del límite absoluto de 20 años no admiten, en cambio, la aplicación de los límites absolutos excepcionales de 25, 30 y 40 años al cumplimiento sucesivo de penas privativas de derechos (así, p. ej. Díez Ripollés, DP. PG, 5.ª ed., 2020, p. 795), o solo la admiten en determinados supuestos, p. ej., para fijar el límite máximo de cumplimiento de las penas accesorias que acompañan a las principales de prisión (así, BOLDOVA PASAMAR, en BOLDOVA PASAMAR/ALASTUEY DOBÓN (coords.), Tratado, 2.ª ed., 2023, p. 411, n. 199). También defiende algunas restricciones a la aplicación de aquellos límites excepcionales a las penas privativas de derechos, VIZUETA FERNÁNDEZ, Régimen, 2020, pp. 73-77.

las agravantes de parentesco y abuso de superioridad a la pena de 15 años de prisión, y por un delito de asesinato con alevosía y ensañamiento, con la agravante de parentesco, a la pena de 25 años de prisión. Teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 57.2 CP y que los delitos estaban relacionados con la negativa de los hijos a aceptar el reparto que el condenado les proponía de la herencia de la madre premuerta, cuestión que el Tribunal entiende que seguirá latente con los familiares maternos, también se impuso la prohibición de acercarse a los dos tíos maternos y la de residir y acudir al término municipal de Ubrique. La duración de tales prohibiciones se fija «en ambos casos y para ambos delitos» en «dos años más que el tiempo de prisión impuesto; si bien dada su accesoriadad y debiendo fijarse como consecuencia del artículo 76.1.b), un tiempo máximo de cumplimiento para ambos delitos de 30 años de prisión, premisa básica sobre la que se añade un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, para determinar su extensión temporal, estos dos años deberán ser adicionados, en una sola vez, sobre esta cifra, que contempla ya el cumplimiento de ambos delitos, para concretarla en 32 años; pues tras ese plazo, es obvio que la peligrosidad necesariamente se habrá relativizado, mientras que el cumplimiento simultáneo, posibilita que en los primeros permisos de salida, tercer grado o incluso en el período de libertad condicional, la prohibición establecida además de la aflicción inherente que conlleva para el condenado, cumpla su finalidad de protección de las víctimas». Creo que esta forma de fijar la duración de las penas privativas de derechos no es correcta. Ignora que la duración de las penas accesorias previstas en el artículo 57 debe fijarse tomando como referencia el carácter grave, menos grave o leve del correspondiente delito, para luego, en su caso, fijar el límite máximo de cumplimiento, mediante la aplicación del art. 76, como sucede en el caso de las penas principales y del resto de las penas accesorias. Por ello, entiendo que, en el supuesto ahora examinado, también el límite máximo de cumplimiento de las penas previstas en el artículo 57 debía ser de 30 años.

7. Todo lo dicho hasta aquí permite concluir que, en lugar de la equívoca y ambigua afirmación de que las penas de multa y las privativas de derechos no son acumulables a las penas privativas de libertad y solo para estas está previsto el art. 76 CP, es mejor decir que, en principio, la naturaleza y efectos de las multas, de las penas privativas de derechos y de las penas privativas de libertad permiten cumplirlas simultáneamente. Y cuando el cumplimiento sucesivo de varias penas privativas de derechos sea simultáneo al cumplimiento sucesivo de varias penas privativas de libertad (o de multa o de otras penas privativas de derechos), el límite máximo de cumplimiento de cada grupo de penas que se cumplan sucesivamente se fijará por separado, atendiendo a lo dispuesto, *con carácter general*, para las penas que deben cumplirse sucesivamente, en el art. 76 CP.

CAPÍTULO XLVII

JUSTICIA RESTAURATIVA Y CORRUPCIÓN EN EJECUCIÓN DE LA PENA: LOS PROGRAMAS PIDECO Y DE DIÁLOGOS RESTAURATIVOS

PAZ FRANCÉS LECUMBERRI

Profesora Titular de Derecho Penal.

Universidad Pública de Navarra, Pamplona

I. INTRODUCCIÓN

He elegido para este *Libro Homenaje a Javier de Vicente Remesal* un tema vinculado a la justicia restaurativa por un doble motivo. En primer lugar, porque está afinado con la que fue su primera monografía, que respondía a su trabajo de tesis doctoral, sobre el comportamiento postdelictivo, publicado por la Universidad de León en 1985. Qué mejor momento que este para, como se suele decir, volver a los orígenes para honrarlos y celebrarlos¹. En segundo lugar, porque he tenido la oportunidad de conversar con el Profesor Javier de Vicente en distintas ocasiones –siempre menos de las que me hubiesen gustado– pero en muchas de ellas la justicia restaurativa ha sido un tema recurrente sobre el que nos han unido distintas reflexiones. Con lo anterior, traigo aquí algunas

¹ También es destacable su trabajo: DE VICENTE REMESAL, La consideración de la víctima a través de la reparación del daño en el Derecho penal español: posibilidades actuales y perspectivas de futuro, en: Política criminal y nuevo Derecho penal: (Libro homenaje a Claus Roxin) / Claus Roxin (hom), 1997, pp. 173-206.

ideas que quieren prolongar otras anteriormente publicadas², esta vez poniendo el acento en el eje justicia restaurativa-corrupción-ejecución de la pena.

En la idea de que la justicia restaurativa ha de estar presente en un doble plano: tanto como herramienta autónoma, como, si se me permite, impregnando progresivamente todas las instituciones del Derecho penal y proceso penal tradicional³, se considera que es importante que se puedan materializar lógicas restaurativas hasta el último día del cumplimiento de la pena. Por eso, en este trabajo se abordará la cuestión concreta de cómo implementar la justicia restaurativa en el espacio del cumplimiento de la pena para delitos enmarcados en el concepto de corrupción. Considero en este momento adecuado mencionar el concepto de corrupción que se maneja en este texto, necesario para tener la seguridad acerca de qué delitos se está teorizando y si es adecuada la posibilidad de justicia restaurativa. Estos delitos son los de prevaricación urbanística (artículos 320 y 322 del Código Penal), prevaricación administrativa (artículos 404, 405 y 408), infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos (artículos 413, 414, 415, 416, 417 y 418), cohecho (artículos 419, 420, 421 y 422), tráfico de influencias (artículos 428, 429 y 430), malversación (artículos 432, 433, 434 y 435), fraudes y exacciones ilegales (artículos 436, 437 y 438), negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función (artículos 439, 441, 442 y 443) y corrupción en las transacciones comerciales internacionales (artículo 286, 3.º y 4.º)⁴.

En España, las investigaciones sobre justicia restaurativa en la prisión son prácticamente inexistentes⁵. No sucede lo mismo en el ámbito anglosajón donde se han desarrollado prácticas de justicia restaurativa dentro de las prisiones⁶. Baucells⁷ nombra algunos de los motivos por los que este desarrollo ha sido tan escuálido en España, entre ellos: las resistencias del personal, la

² FRANCÉS LECUMBERRI, Justicia restaurativa y corrupción pública, en: Revista Penal, 52, 2023, 81-109.

³ Esta es una cuestión controvertida ya que no todas las personas partes de esta idea. Al respecto V. BAUCELLS LLADÓS, Posibilidades de la justicia restaurativa para la delincuencia socioeconómica en la ejecución de la pena, en: GARCÍA ARÁN, Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica, 2021, 295.

⁴ <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/Repositorio-de-datos-sobre-procesos-por-corrupcion>.

⁵ BAUCELLS LLADÓS, en GARCÍA ARÁN, Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica, 2021, pág. 295.

⁶ Véase BAUCELLS LLADÓS, en GARCÍA ARÁN, Justicia restaurativa, 2021, pág. 289 «Varias investigaciones han sistematizado las diferentes experiencias restaurativas dentro de la prisión en una escala de menor a mayor obtención de resultados restaurativos. Aquí seguiremos la propuesta realizada por NOAKES-DUNCAN¹⁴, advirtiendo, de entrada, que pocas experiencias responden a un modelo único y que lo más habitual es encontrar modelos en los que se combinan diversas de las prácticas siguientes». También REBOLLO VARGAS, RDPCr 26, 2021, 155 ss.

⁷ BAUCELLS LLADÓS, en GARCÍA ARÁN, Justicia restaurativa, 2021, pág. 291.

propia realidad del sistema penitenciario, el riesgo de legitimar en sí la institución penitenciaria claramente en crisis⁸. Desde luego, la introducción de prácticas restaurativas en la ejecución penitenciaria puede llegar a suponer un «cambio de paradigma» en la forma de configurar la reinserción de los presos⁹. Se está lejos de estar pensando en esa dirección y, sin grandes pretensiones, los programas que se han diseñado hasta el momento más bien enfatizan en las posibilidades de la justicia restaurativa para sumar a ese propósito resocializador, sin cuestionar el término y/o su adecuación a la delincuencia económica y en concreto a los delitos de corrupción, que son a los que me referiré en este trabajo. A continuación, dedicaré el epígrafe II para dar los rasgos más esenciales de los programas de Diálogos Restaurativos y PIDECO de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias por ser los únicos que expresamente van en la línea de trabajar desde el concepto de la justicia restaurativa y que pueden a su vez acoger a las personas condenadas por delitos de corrupción. Seguidamente, en el epígrafe III me detendré en evidenciar cómo estos programas focalizan su atención en la herramienta de la mediación penal y menos en la de los círculos restaurativos, considerando que, precisamente, ésta, tiene un enorme potencial en el abordaje de los delitos de corrupción en cualquier fase del proceso penal y/o de ejecución, haciendo énfasis en este último momento. El trabajo concluirá con unas reflexiones finales.

II. EL PROGRAMA DE DIÁLOGOS RESTAURATIVOS Y PIDECO

1. Diálogos restaurativos

En el año 2020 se publica el *Documento 23* de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias sobre *Diálogos Restaurativos. Responsabilización y reparación del daño*¹⁰. No es un programa específico para personas que hayan cometido un delito socioeconómico y menos todavía de corrupción, pero es perfectamente adecuado para estas tipologías delictivas. La propuesta de

⁸ En un sentido parecido, en un trabajo previo sobre mediación penitenciaria: FRANCÉS LECUMBERRI, Pensando la mediación en el ámbito penitenciario como una herramienta para la Justicia Restaurativa en el contexto de una permanente crisis del ideal resocializador, en: DE LA CUESTA ARZAMENDI/SUBIJANA ZUNZUNEGUI/SOLETO MUÑOZ/VARONA MARTÍNEZ/PORRES GARCÍA, Justicia restaurativa y terapéutica: hacia innovadores modelos de justicia, 2017, 333-348.

⁹ BAUCCELLS LLADÓS, en GARCÍA ARÁN, Justicia restaurativa, 2021, pág. 299.

¹⁰ El programa completo se puede encontrar en la siguiente dirección web: https://www.institucion-penitenciaria.es/documents/20126/72836/Documentos_Penitenciarios_23_Taller_de_Dialogos_Restaurativos.pdf

Diálogos restaurativos, comprende una serie de encuentros o sesiones que se llevarán a cabo desde el paradigma restaurativo por el cual el conflicto es entendido como una oportunidad para el cambio, el crecimiento personal y la reparación del daño a todas las personas implicadas. Los *diálogos restaurativos* tratan de ofrecer a las personas participantes un espacio para hacer un camino personal que les permita analizar la infracción cometida desde lugares distintos a los que tal vez lo habían hecho. Se trabajará en grupo e individualmente fomentando que las personas participantes expresen sus sentimientos, miedos, deseos, opiniones, derechos... creando un clima grupal y de identificación entre los miembros del grupo. Se trata de un programa de Justicia Restaurativa que se puede realizar con personas privadas de libertad o en medio abierto (por ejemplo, porque están cumpliendo trabajos en beneficio de la comunidad). Reúne a personas víctimas (o representantes de la comunidad) e infractoras no relacionadas para discutir sobre el delito y su impacto.

Este programa tiene como objetivos facilitar el derecho de las víctimas a ser informadas, oídas y reparadas en sus necesidades, crear un ambiente de diálogo entre las personas participantes basado en el respeto, la confidencialidad y la escucha activa y sensibilizar a las personas infractoras para aumentar su empatía hacia el sufrimiento generado por el delito y así fomentar la reinserción y prevenir la reincidencia.

El programa se desarrolla en formato grupal. Los grupos están formados por 10-12 personas penadas y una o dos víctimas no relacionadas que participan en dos sesiones. Antes de la participación de las víctimas en los círculos restaurativos se realizan sesiones individualizadas con ellas para la preparación de su intervención, que tiene como finalidad que tengan la oportunidad de explicar el impacto del delito y de compartir sus historias personales. Cada sesión tiene una duración máxima de cuatro horas. El taller se divide en diez sesiones, con las siguientes temáticas: Sesión 0: Bienvenida, presentación y acogida grupal. Entrevistas iniciales; Sesión 1: Modelos de Justicia; Sesión 2: Empatía y comunicación no violenta; Sesión 3: Responsabilización; Sesión 4: A quién afecta el delito y tipos de daños; Sesión 5: El otro lado del delito; Sesión 6: El perdón; Sesión 7: La reparación del daño; Sesión 8: El cambio. Prevención y resiliencia; Sesión 9: Conclusiones y despedida. Entrevistas finales

Al total de las 10 sesiones que componen el programa, se dice que podrían añadirse las sesiones correspondientes a un nuevo proceso voluntario de mediación penal, siempre y cuando se den las circunstancias de que la persona penada se encuentre motivada y preparada para ello, y sea posible el contacto y aceptación de la persona víctima directa.

Puede observarse que se trata este programa de una propuesta muy general de abordaje del delito desde lógicas de reparación, pensando no solo en la persona infractora sino también en las víctimas y sin hacer ninguna mención a la corrupción de manera específica, la cual no considero que sea necesaria para considerar que este programa es adecuado para estos delitos. Este programa puede llevarse a cabo tanto en medio abierto como en régimen interior y siendo todas las penas por delitos de corrupción penas privativas de libertad (además de otras restrictivas de derechos), sería en este espacio donde inicialmente se llevaría a cabo por personas condenadas por delitos de corrupción. Luego de las sesiones del taller, que habría que pensar si en el contexto de la corrupción la composición del grupo habría de ser homogénea y exclusiva para ese tipo de delitos, pienso que donde hay un enorme recorrido es en la parte voluntaria de inicio de un proceso reparador. El programa hace tan solo mención a la mediación penal, pero considero que se podrían desplegar todas las herramientas posibles, como luego mencionaré, siendo especialmente interesante la herramienta del círculo. Sin duda, la primera parte del programa aquí descrito sería la antesala perfecta para la preparación de uno de los aspectos de la facilitación del proceso posterior.

2. El programa PIDECO

Por su parte, el programa PIDECO¹¹, sí es específico para delitos económicos. Este programa se estructura en unidades terapéuticas diferenciadas. Cada una de ellas contempla sus propios objetivos, técnicas y actividades propuestas para alcanzarlos. El programa incluye además de la metodología, el procedimiento de evaluación para valorar la eficacia de sus resultados. Se ha diseñado para poder realizarse en formato grupal pudiéndose adoptar también al formato individual. A través de una metodología práctica y dinámica, en la que los participantes realizarán diferentes tareas que abarcan desde la reflexión a la discusión, se irán desarrollando escalonadamente los diferentes contenidos del programa, reforzándose unos con otros. Es por ello que a pesar de estructurarse en diferentes unidades terapéuticas todas ellas se encuentran interrelacionadas, compartiendo en ocasiones objetivos y contenidos. Las unidades

¹¹ El programa completo se puede encontrar en la siguiente dirección: https://www.interior.gob.es/openems/pdf/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/instituciones-penitenciarias/Programa_de_intervencion_en_delitos_economicos_PIDECO_126210489.pdf. Y un análisis extenso también en aplicación a los delitos de corrupción en REBOLLO VARGAS, RDP-Cr 26, 2021, 155 ss.

que componen el presente programa de intervención terapéutica son las siguientes: I. Alianza Terapéutica y Motivación al Cambio (4+1 sesiones), II. Identidad (5 sesiones), Habilidades Personales (5 sesiones), Responsabilidad (4 sesiones), Valores (4 sesiones), Actividades Sociales (9 sesiones) y Justicia Restaurativa. La última de las unidades tiene la finalidad de establecer encuentros restaurativos con afectados por los delitos de tipo económico. Dichas víctimas pueden tanto ser directas o indirectas, relacionadas por tanto con el delito cometido, como víctimas no vinculadas o que han sido perjudicadas por actividades delictivas protagonizadas por otras personas. Para ello se cuenta con un protocolo desarrollado paralelamente por la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias, siguiendo los procedimientos habituales de la Justicia Restaurativa, en la que es necesaria la colaboración de entidades especializadas en trabajo con víctimas. Para la realización de encuentros restaurativos son necesarias sesiones individuales previas con ambas partes.

El programa hace referencia específica a la adecuación de este programa para las personas condenadas por delitos de corrupción pública (pág. 15) y se atiende específicamente a ella en varias de las actividades (pág. 150, 187 y 431). Será necesario un tiempo y una evaluación específica del planteamiento que se hace en el programa para poder valorar la concreta adecuación de este, pero qué duda cabe que su inicial implementación es una apuesta para abrir nuevos escenarios en el abordaje de la corrupción. Las reflexiones y ulteriores propuestas que se hacen a continuación creo que añaden contenido y estrategias a algunas partes del planteamiento que se expone en este programa y que igualmente, como se dirá, requerirán de un tiempo para ser evaluadas.

III. LA GRAN AUSENCIA EN AMBOS PROGRAMAS: LOS CÍRCULOS RESTAURATIVOS Y SU ADECUACIÓN A LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN

Se evidencia que en ambos programas falta una expresa mención a la herramienta de los círculos restaurativos. Para entender mejor esta herramienta me remito a trabajos anteriores¹², pero quisiera mencionar aquí que los denominados círculos restaurativos son una adaptación de ciertas prácticas tradicionales de resolución de conflictos que desarrollaban los nativos

¹² Entre otras FRANCÉS LECUMBERRI, ¿Qué género en la intervención restaurativa? Claves para la aplicación de la perspectiva de género en procesos restaurativos, en *Crítica penal y poder: una publicación del Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos*, 23, 2022, pp. 7-30.

americanos. El círculo es fundamental para las culturas tradicionales aborígenes y sus procesos sociales¹³. Originalmente esta figura y su denominación provienen de los pueblos originarios de Canadá en donde se disponían en círculo la persona víctima de alguna ofensa, la persona que asumía la culpa de lo anterior, junto con sus respectivas familias, para a través del diálogo resolver los conflictos¹⁴.

Esta figura es denominada como «círculo» por el hecho de que los participantes se sientan en dicha forma geométrica, para procurar la búsqueda de una resolución a su conflicto y así conseguir la implicación de todos los participantes¹⁵. Como lo indica Barrio¹⁶, es difícil definir exactamente qué actuaciones se dan al realizar un círculo restaurativo, también conocido como círculo de paz o círculo de diálogo, pues no existe un consenso sobre la institución y se pueden encontrar multitud de definiciones y variantes, dependiendo de las fuentes a las que se acuda para el estudio así como del área geográfica donde se esté desarrollando el círculo restaurativo. Se podría definir el círculo como un espacio seguro para que a través del diálogo se puedan manifestar sentimientos y emociones tales como el dolor, el miedo o el enojo.

A diferencia de la mayoría de las personas que han trabajado el tema de la justicia restaurativa y su anclaje en los delitos de corrupción¹⁷ (y más ampliamente económicos) considero que en este tipo de delitos la herramienta de la mediación es tan adecuada como la de los círculos y conferencias restaurativas. Por tanto, a continuación, se muestran las dos propuestas que se hacen para la intervención en justicia restaurativa en delitos de corrupción¹⁸ en cual-

¹³ MCCOLD, La historia reciente de la justicia restaurativa. Mediación, círculos y conferencias, en: *Delito y sociedad*, 35, 2013, p. 9; VARONA MARTÍNEZ, *Justicia Restaurativa desde la criminología: Mapas para un viaje inicial*. 2018, p. 73.

¹⁴ ALONSO SALGADO, Dos «círculos» as «conferencias»: aproximación as posibilidades da xustiza restaurativa no sistema da xustiza penal. *Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos*, 2014, n.º 2, pág. 25; VARONA MARTÍNEZ, *Justicia Restaurativa*, 2018, p. 74.

¹⁵ VARONA MARTÍNEZ, *Justicia Restaurativa*, 2018, pág. 74.

¹⁶ MIGUEL BARRIO, *Justicia restaurativa y justicia penal: nuevos modelos: mediación penal, conferencing y sentencing circles*, 2019.

¹⁷ CERVELLÓ DONDERIS, *Justicia restaurativa y reparación del daño en delitos con víctimas colectivas*, en: ALAPONT/J. GONZÁLEZ CUSSAC, *Estudios jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, 2022, págs. 181-198; GARCÍA ARÁN, *Instrumentos para la justicia restaurativa*, en: GARCÍA ARAN (Dir.), *Justicia Restaurativa y delincuencia socioeconómica*, 2021, pp. 139-198; GUARDIOLA LAGO, M., *Fundamentos de la justicia restaurativa en la delincuencia económica*. en: GARCÍA ARAN (Dir.), *Justicia Restaurativa y delincuencia socioeconómica*, 2021, pp. 29-86; NIETO MARTÍN, *Justicia empresarial restaurativa y víctimas cooperativas*, en: *Ecocidio: un giudice penale internazionale per i «crimini contro la terra»?*, 2020, pp. 1-32; RODRÍGUEZ PUERTA, *El derecho de las víctimas colectivas a participar en encuentros restaurativos. Un análisis a partir de algunos delitos económicos*, *Revista Electrónica de Ciencias Penal y Criminología*, 2020, pp. 1-42.

¹⁸ MIGUEL BARRIO, *Justicia Restaurativa*, 2019, pp. 25-26 Propone en el ámbito del doping una propuesta de círculos: «En el ámbito deportivo es fundamental la participación de miembros de las dife-

quier momento del procedimiento penal o de la ejecución penal¹⁹, que es la que quería proponer en este trabajo, en el marco de los dos programas de la Secretaría General ya existente: mediación por un lado y círculos y conferencias restaurativas por otro.

Propuesta 1. Para el caso de la mediación penal, que se contempla en ambos programas, como complemento a las sesiones que se plantean.

PROPUESTA 1. Intervención a través de la técnica de LA MEDIACIÓN



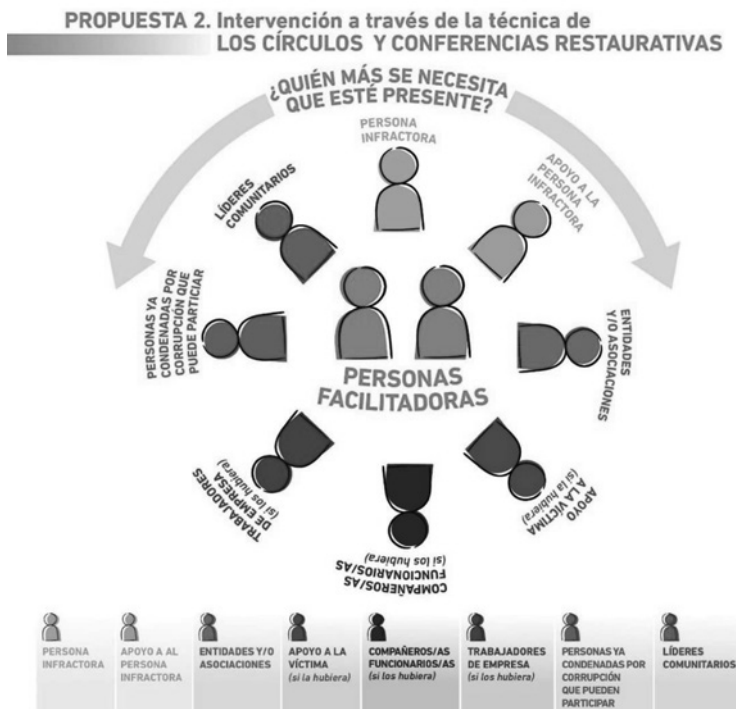
rentes organizaciones deportivas conjuntamente con atletas. Se considera que el círculo CoDA ha de estar compuesto por: uno o varios deportistas que hayan dado positivo, estén en proceso de ser sancionados y admitan su responsabilidad y arrepentimiento; ex deportistas con pasado en el mundo del dopaje y que hayan mostrado su arrepentimiento; miembros de asociaciones deportivas que organizan dicha especialidad; miembros de la Agencia Mundial Antidopaje; expertos en materia deportiva y doping; periodistas deportivos, tales como difusores de las noticias; voluntarios de la sociedad que puedan tener un interés en el asunto; y, en último lugar aquellos que puedan haberse visto afectados negativamente por el suceso, ya sean miembros del equipo o patrocinadores».

¹⁹ Esta propuesta coincide con mi reciente publicación antes mencionada en: Revista Penal 52, 2023, pp. 81-109.

Como se observa para el caso de la mediación se propone una intervención en co-mediación en la que por un lado participarán la persona o personas infractoras y por otro la víctima/s o personas/colectivos que por subrogación pudieran hacer ese rol. Se quiere aclarar que para el caso de que sean varias las personas infractoras las formas de abordar la mediación pueden ser distintas dependiendo del caso, pero considero que siempre habrán de cumplirse los siguientes criterios:

- 1.º Las reuniones iniciales/informativas serán siempre por separado, con cada persona infractora.
- 2.ª Se deberá atender a la conveniencia o no de que las reuniones conjuntas inicialmente también sean por separado
- 3.º Valorar la posibilidad de existencia de dos actos de reparación distintas y separadas para cada persona infractora.

Propuesta 2. Círculos y conferencias restaurativas, no previstas expresamente en los programas, pero perfectamente adecuadas para la consecución de los fines que en ambos se proponen.



Para el caso de los círculos y conferencias, se propone que participen, además de la personas o personas infractoras (ahora sí las dos formarán parte del mismo círculo a no ser que se valore inadecuado), personas de apoyo para las personas infractoras, entidades y/o asociaciones que trabajen en el ámbito del abordaje y prevención de la corrupción, personas de apoyo a víctimas directas (si las hubiere), en su caso: compañeros/as funcionarios/as y/o trabajadores de empresa, líderes comunitarios y personas previamente condenadas por corrupción. Esta propuesta no es cerrada, ni significa que todos los roles deban estar presentes. Siempre se tiene que atender a la flexibilidad y a que la participación de las personas/colectivos sea tendente a la mejor reparación. Dicho de otro modo, no por más que participen más personas el círculo va a ser más satisfactorio en clave de reparación, por lo que siempre se deberá atender a esta cuestión. Además, la preparación del círculo involucra la preparación de más personas, cuestión que debe ser tenida en cuenta y en ocasiones, es posible, se haya de restringir simplemente por cuestiones de agenda. Se propone además que, en la idea de flexibilidad, tanto en la propuesta de intervención en mediación como en la de círculos o conferencias, se pregunte a las personas infractoras, víctimas y comunidad quienes necesitan que estén presentes. Se debe estar abierto a que las personas más afectadas y comunidades puedan proponer para construir el sistema restaurativo, que para caso será distinto y esto es preciso que quede claro.

Las propuestas realizadas tanto para la mediación penal como para círculos y conferencias se han de entender además con las siguientes proposiciones indispensable para un mejor abordaje de los delitos de corrupción desde herramientas restaurativas²⁰. En cuanto a las características de las personas mediadoras, para ambas herramientas se considera especialmente importante: 1.º la toma de consciencia de la importancia del manejo del elemento del equilibrio de poder; 2.º Un conocimiento específico de los delitos de corrupción por parte de las personas facilitadoras y sus especificidades; 3.º La importancia del manejo de técnicas comunitarias y en este sentido el exquisito cuidado en la selección de las personas participantes para la creación del sistema restaurativo; 4.ª La figura de la cofacilitación se torna muy importante. En ambos casos el lugar de los encuentros es importante que sea público, preferentemente en sede judicial. La prisión no parece el lugar ideal para ninguna de las personas participantes en ninguna de las dos técnicas. Para la preparación de las sesiones se plantea la posibilidad de contar con personas expertas que puedan dar luz a extremos muy específicos y complejos que pueden aparecer en este tipo

²⁰ Más ampliamente FRANCÉS LECUMBERRI, *Revista Penal*, 52, 2023, 81-109.

de delitos. Por último, siendo la comunicación el elemento de trabajo por excelencia se subraya la especial atención que se deba de prestar por parte de las personas facilitadoras al equilibrio de poder, a la democratización de la palabra y la necesidad de simplificar los tecnicismos y la burocracia. A continuación, se muestra la siguiente tabla resumen:

	TÉCNICA DE MEDIACIÓN	TÉCNICA DE FACILITACIÓN DE CÍRCULOS Y CONFERENCIAS
CARACTERÍSTICAS DE LAS PERSONAS FACILITADORAS	<p>1° La toma de consciencia de la importancia del manejo del elemento del equilibrio de poder;</p> <p>2° Un conocimiento específico de estos delitos por parte de las personas facilitadoras y sus especificidades;</p> <p>3° La importancia del manejo de técnicas comunitarias y en este sentido el exquisito cuidado en la selección de las personas participantes para la creación del sistema restaurativo;</p> <p>4° La figura de la cofacilitación, es decir, de la importancia de que siempre intervengan dos o más personas en la dirección de la facilitación, sea la herramienta que sea.</p>	<p>1° La toma de consciencia de la importancia del manejo del elemento del equilibrio de poder;</p> <p>2° Un conocimiento específico de estos delitos por parte de las personas facilitadoras y sus especificidades;</p> <p>3° La importancia del manejo de técnicas comunitarias y en este sentido el exquisito cuidado en la selección de las personas participantes para la creación del sistema restaurativo;</p> <p>4° La figura de la cofacilitación, es decir, de la importancia de que siempre intervengan dos o más personas en la dirección de la facilitación, sea la herramienta que sea.</p>
LUGAR DE LOS ENCUENTROS	Lugar público, preferentemente en sede judicial, cercano al infractor y/o víctima/comunidad.	Lugar público, no necesariamente en sede judicial puesto que es posible que no existan lugares a priori adecuados, cercano al infractor y/o víctima/comunidad.
PREPARACIÓN DE LAS SESIONES	Posibilidad de integrar previamente a personas expertas para ayudar en el análisis del conflicto.	Posibilidad de integrar previamente a personas expertas para ayudar en el análisis del conflicto.
COMUNICACIÓN	Especial atención al equilibrio de poder, en todas las direcciones.	Atender al equilibrio, a la democratización de la palabra y a que la dificultad de la creación del círculo y conferencia no suponga tedio burocrático de desincentive la consecución de acuerdos.

IV. CONCLUSIONES

Considero que la propuesta que se hace es perfectamente posible dentro del escenario de la ejecución de la pena por un lado y más en concreto dentro de los programas de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias en el marco de la ejecución de la pena de personas condenadas por delitos de corrupción.

De hecho, considero que estos programas adolecen de una mención más extensa y desarrollada de la herramienta de los círculos restaurativos, pero también necesitan afinar algunas precisiones en la intervención en mediación penal que se amplían en este espacio como directrices imprescindibles para abordar desde el ideal restaurativo los delitos de corrupción. Son indicaciones tan generales y sencillas como importantes a tener en consideración²¹, que simplemente tratan de dar luz a las incipientes propuestas restaurativas desarrolladas en el marco de la ejecución de la pena en nuestro país pero aplicadas a los delitos de corrupción.

El planteamiento que se hace simplemente quiere ser un posible hilo por el que tirar para afinar en el ideal restaurativa en el abordaje de los delitos de corrupción teniendo en cuenta lo que ya existe y advirtiendo de dos cuestiones con las que quisiera terminar. La primera, con Gaddi²² es que la intervención restaurativa en el campo que nos ocupa es novedosa y aún en construcción. Sería por tanto conveniente establecer canales de colaboración entre el ámbito académico y el ámbito profesional para combinar experiencia práctica y reflexión teórica, mientras se va elaborando e implementando el modelo de intervención más adecuado. La segunda, en relación con esto último, es que faltan investigaciones empíricas necesarias que puedan avalar lo que se propone a continuación, que no es más que un futuro para comenzar a caminar en justicia restaurativa en esta materia y en este ámbito.

²¹ Más ampliamente FRANCÉS LECUMBERRI, *Revista Penal*, 52, 2023, 81-109.

²² GADDI, El papel de la persona encargada de facilitar el proceso restaurativo, en GARCIA ARÁN (Dir.), *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, 2022, pág. 279.

CAPÍTULO XLVIII

LA RESPONSABILIDAD PERSONAL SUBSIDIARIA POR IMPAGO DE MULTA: ALGUNOS PROBLEMAS DE SU DETERMINACIÓN Y EJECUCIÓN¹

MARTA GARCÍA MOSQUERA

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Vigo

I. Cuando el Profesor de Vicente Remesal publicó en 1985 su monografía *El comportamiento postdelictivo*, fruto de su tesis doctoral, defendida ese mismo año en la Universidad de León, se ocupó prioritariamente (y de forma magistral) del estudio del comportamiento posterior al delito en sentido estricto. Es decir, del comportamiento posterior a la consumación formal que, teniendo como límite superior el momento de dictar sentencia, actúa como circunstancia atenuante genérica o –en algunos tipos de la parte especial– como eximente o atenuante². En todo caso, su estudio estuvo centrado en aquel comportamiento postdelictivo con incidencia en la determinación de la pena y reflejado en el fallo condenatorio³.

En este trabajo pretendo ocuparme de una problemática que afecta asimismo a la fase postdelictiva. En concreto, a la fase de ejecución de la pena de

¹ Esta publicación es parte del proyecto PID2019-108567RB-C21 financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 del que son IP el Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo y la Prof. Dra. María Trapero Barreales.

² No obstante, como él mismo indica, el comportamiento posterior en sentido amplio permite abarcar también el que tiene lugar después de los primeros actos ejecutivos, y antes de que se produzca la consumación; esto es, los casos de tentativa y frustración. Vid. DE VICENTE REMESAL, Javier, *El comportamiento postdelictivo*, Universidad de León, 1985, pp. 55, 62, 64 s.

³ DE VICENTE REMESAL, Javier, *ob. cit.*, p. 132.

multa, cuando la persona condenada no satisface voluntariamente ni por vía de apremio la multa impuesta, quedando sujeta a una responsabilidad personal subsidiaria de privación de libertad. Ciertamente, este tema rebasa los contornos de lo que podría considerarse comportamiento postdelictivo, en el sentido estudiado por de Vicente Remesal. Por un lado, porque ni siquiera acogiendo un concepto amplio de «hecho» para la teoría de la pena, como el propugnado por Lang-Hinrichsen («Strafzumessungstat») –por lo demás, rechazable, según de Vicente Remesal⁴–, se alcanza a fundamentar el contenido propio de la responsabilidad personal subsidiaria. Y por otro lado, porque, en atención a su singularidad y características –y a pesar de que determine la consecuencia jurídica concreta del delito cometido–, tampoco estamos propiamente ante un «comportamiento». Como señala de Vicente Remesal el comportamiento postdelictivo ha de ser, ante todo «comportamiento» (exigencia que desempeña una función de garantía, de comprobación o de verificación), de forma que no podrá hacerse responder al reo sino en virtud de la exteriorización jurídicamente desaprobada de su voluntad⁵. Sin embargo, la responsabilidad personal subsidiaria sobreviene siempre y en todo caso como reacción punitiva frente a la situación de insolvencia de la persona condenada. Es la constatada incapacidad del sujeto de hacer frente al pago de la multa (y no el mero impago inicial) lo que hace nacer la pena privativa de libertad. Por tanto, la responsabilidad personal subsidiaria no es consecuencia directa de la comisión de un delito, sino que encuentra su causa en un hecho extraño al delito, como es la insolvencia del condenado a pena de multa (siendo esta última la única que está conectada de forma directa con el injusto cometido)⁶.

Son múltiples los problemas que surgen en la determinación y ejecución de esta particular pena privativa de libertad, y en lo que sigue me ocuparé de esbozar algunos de ellos.

II. El artículo 35 del Código penal dispone en su primer inciso que «son penas privativas de libertad la prisión permanente revisable, la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa». Por tanto, el CP atribuye a la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (en adelante RPSIM) la naturaleza de auténtica pena privativa de libertad⁷. Sin embargo, así como las restantes penas de su misma natu-

⁴ Ampliamente sobre ello, DE VICENTE REMESAL, Javier, ob. cit., pp. 296 ss.

⁵ DE VICENTE REMESAL, Javier, El comportamiento postdelictivo, 1985, pp. 50 s.

⁶ ROCA AGAPITO, Luis, La responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa, Lex Nova, Valladolid, 2003, p. 292.

⁷ De este modo, el CP de 1995 parecía zanjar la polémica doctrinal suscitada bajo la vigencia del código penal anterior acerca de la naturaleza de la responsabilidad personal subsidiaria, de la que se hizo eco

raleza se encuentran reguladas en la sección 2.^a del capítulo primero del título III (libro I CP), la regulación de la RPSIM no se contempla sino en el artículo 53.1 CP, dentro de la sección 4.^a, dedicada a la pena de multa. Esto pone de manifiesto que, pese a que formalmente se le atribuye carácter autónomo, desde el punto de vista material presenta notables particularidades, que la diferencian del resto de penas contempladas en el texto punitivo.

1. En primer lugar, porque no es susceptible de ser considerada originariamente como pena principal de ningún delito de la parte especial, y, consecuentemente, tampoco es idónea en sí misma para ser objeto del fallo condenatorio que se impone en sentencia. En relación con esta cuestión, y para reforzar su consideración como auténtica pena de carácter autónomo, sostiene Roca Agapito que cuando un sujeto comete un hecho castigado con multa, en realidad debe entenderse que se le está conminando con dos penas: una de carácter principal –la multa– y otra de carácter subsidiario –la responsabilidad personal subsidiaria–, que únicamente resulta aplicable cuando no lo sea la pena principal⁸. Pues bien, aun cuando pudiésemos admitir con este autor que la previsión de la RPSIM en la parte especial es implícita (en todos aquellos casos en que se prevé una pena de multa), y aceptásemos igualmente que su imposición en el fallo condenatorio de la sentencia tiene lugar mediante el apercibimiento de las consecuencias de la imposibilidad de cumplimiento de la pena de multa efectivamente impuesta (esto es, de las consecuencias de la insolvencia), lo cierto es que tiene carácter exclusivamente subsidiario. Y tampoco genera otros efectos sistemáticos que se le asignan a las penas, como la virtualidad de clasificar a la infracción como delito grave, menos grave o leve. En efecto, el artículo 33.5 CP dispone que «la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa tendrá naturaleza menos grave o leve, según la que corresponda a la pena que sustituya». De esta forma puede ocurrir, pongamos por caso, que un sujeto que hubiera sido condenado a una pena de multa de tres meses por la comisión de un delito leve, acabe cumpliendo como RPSIM un mes y medio de trabajos en beneficio de la comunidad (en virtud de los módulos de conversión contemplados en el artículo 53.1 CP). En este caso, la RPSIM se considerará como pena leve, aun cuando su cumplimiento quede traducido en una pena de trabajos en beneficio de la comunidad que, con carácter

en su momento la STC 19/1988, de 16 de febrero. Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, La regulación de la pena de multa en el Código Penal Español de 1995, Estudios Penales y Criminológicos, 20, 1997, p. 258.

⁸ ROCA AGAPITO, Luis, La responsabilidad personal subsidiaria, 2003, p. 299. En opinión de FONSECA FORTES-FURTADO, Regina Helena, ¿Deben ir los pobres a la cárcel por el impago de una pena de multa?, Sistema Penal Crítico, 2, 2021, p. 89, la RPSIM es una consecuencia del incumplimiento de una sanción y no una consecuencia jurídica del delito.

general, tiene la consideración de pena menos grave (no leve) por superar los treinta y un días (art. 33.3.1 CP)⁹.

2. En segundo lugar, la RPSIM tampoco tiene un contenido propio o específico¹⁰, pues la ley se limita a establecer en el artículo 53.1 CP que «si el condenado no satisficere, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que, tratándose de delitos leves, podrá cumplirse mediante localización permanente. (...) También podrá el juez o tribunal, previa conformidad del penado, acordar que la responsabilidad subsidiaria se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad (...)». En definitiva, es la imposibilidad de ejecución forzosa de una pena de multa en quien carece de bienes para hacerle frente lo que obliga a convertir la multa impagada en una privación de libertad¹¹ que, a falta de definición concreta, y careciendo de un modelo de ejecución propio, necesariamente deberá ejecutarse una vez que haya sido convertida en otra pena¹². Respecto de estas últimas, existe asimismo cierta confusión en la práctica sobre si deben concebirse como auténticas penas sustitutivas de la RPSIM¹³ o como modalidades de cumplimiento de esta (lo que conlleva importantes consecuencias, a las que me referiré). A lo anterior debe añadirse que, en tanto que pena privativa de libertad, la RPSIM está sometida al régimen de suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad, contenido en los artículos 80 ss. CP, si bien tampoco parece resultar resulta diáfano en qué momento y conforme a qué criterios debe decidirse sobre ello.

⁹ Esto es consecuencia del sistema de conversión absolutamente tasado de la multa en privación de libertad (y de esta en trabajos en beneficio de la comunidad). Al respecto, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, La regulación de la pena de multa, EPCr, 20, 1997, p. 261.

¹⁰ ROCA AGAPITO, Luis, La responsabilidad personal subsidiaria, 2003, p. 295.

¹¹ Y, como señala en sentido crítico MAPELLI CAFFARENA, sin que nuestro sistema distinga, a efectos de RPSIM según que el condenado sea insolvente por razones fortuitas o lo sea debido a un comportamiento imprudente o intencionado. Vid. MAPELLI CAFFARENA, Borja, La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2.ª época, 5, 2000, p. 62.

¹² De ahí que, analizando su naturaleza jurídica, MAPELLI CAFFARENA, Borja (ob. cit., p. 64 ss.) la califique como mera «magnitud punitiva subsidiaria de la multa». Por su parte, MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio, El impago de la responsabilidad civil ex delicto, ¿una nueva forma de prisión por deudas?, La Ley Penal, 35, 2018, señala que «más que de una modalidad de pena, se trata de una medida sustitutiva de la pena de multa, cuya finalidad es asegurar la eficacia de la pena pecuniaria».

¹³ Como señala MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, La regulación de la pena de multa, EPCr, 20, 1997, p. 259, en ningún caso podrían considerarse penas sustitutivas directas de la multa, de ahí que el módulo de conversión contenido en el art. 53 CP se establezca entre las jornadas de trabajo y los días de privación de libertad, sin que dicha conversión pueda ir vinculada a las cuotas diarias de multa no satisfechas.

III. A pesar de que la RPSIM ha sido declarada constitucional por la doctrina del Tribunal Constitucional¹⁴, su existencia resulta seriamente controvertida a la luz de los principios de proporcionalidad, igualdad y no discriminación¹⁵.

1. Las objeciones que suscita en relación con los principios de igualdad y no discriminación derivan de que la RPSIM contribuye indiscutiblemente a reforzar el nexo de unión entre pobreza y privación de libertad. A través de la RPSIM se convierte en privación de libertad lo que no era más que una sanción pecuniaria¹⁶, de modo que los condenados con capacidad económica extinguirán su pena con una ejecución patrimonial, mientras que los insolventes lo harán con una ejecución personal; algo que, si bien se justifica tradicionalmente en la inderogabilidad de las penas¹⁷, no está exento de algunas dudas de legitimidad. De hecho, el fundamento de la inderogabilidad de las penas, entendido como la finalidad de que no queden sin sanción los delitos por la circunstancia de que la pena establecida pueda resultar inefectiva sobre algunos de los responsables del ilícito¹⁸, resulta cuando menos cuestionable por dos aspectos que afectan a la propia pena de multa como pena originaria o principal de la que trae causa la RPSIM. El primero de ellos, empleando las palabras de Coca Vila, es «su tortuosa relación con el principio de personalidad de las penas». La posibilidad de desplazar el coste de la multa a un tercero no responsable por el delito es algo que el mismo autor califica como un «rasgo característico patológico fundamental de la pena de multa»¹⁹. Es públicamente conocido que en muchos casos es un tercero distinto del penado (normalmente, un familiar próximo) quien efectúa el ingreso correspondiente al importe (global o fraccionado) de la multa en la cuenta de consignaciones del juzgado que al efecto se haya indicado en la ejecutoria. Y es igualmente notorio que ese ingreso genera el efecto extintivo de la responsabilidad penal de la persona condenada, a pesar de que esta se haya visto descargada de una parte

¹⁴ Las dos cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en su día ante el TC en relación con la RPSIM fueron desestimadas por las respectivas SSTC 19/1988, de 16 de febrero, y 230/1991, de 10 de diciembre, cuyos argumentos siguen siendo válidos para el actual artículo 53 CP.

¹⁵ MAPELLI CAFFARENA, Borja, La responsabilidad personal subsidiaria, RDPCr 5, 2000, p. 63; ROCA AGAPITO, Luis, La responsabilidad personal subsidiaria, 2003, pp. 324, 341; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio, La Ley Penal, 35, 2018, pp. 3 s.; FONSECA FORTES-FURTADO, Regina Helena, Sistema Penal Crítico, 2, 2021, pp. 85-96.

¹⁶ Cabe señalar que, en opinión de GRECO, es precisamente esa potencial transformación de la sanción pecuniaria en una privación de libertad lo que confiere a la multa su consideración de pena en sentido material. Vid. GRECO, Luís, en: Roxin/Greco, Strafrecht. AT, I, 5.ª ed., C. H. Beck, Munich, 2020, § 2, nm. 1g.

¹⁷ ROCA AGAPITO, Luis, La responsabilidad personal subsidiaria, 2003, pp. 304 ss.

¹⁸ En este sentido, STC 19/1988, de 16 de febrero, fundamento jurídico 8.

¹⁹ COCA VILA, Ivó, La pena de multa en serio. Reflexiones sobre su dimensión y aseguramiento afflictivos a través del delito de quebrantamiento de condena (art. 468 CP), InDret, 3/2021, pp. 72, 91.

o la totalidad del dolor penal en perjuicio de aquel tercero que libremente lo asume. Consecuentemente, la inderogabilidad de las penas como fundamento de la RPSIM solo sería admisible como argumento (al menos, formalmente) si pudiera predicarse de la multa su carácter de pena intrínsecamente personal. Pero no parece un motivo coherente desde el momento en que abiertamente se tolera la transmisibilidad *de facto* de la pena de multa²⁰. Antes bien, así las cosas, la ejecución personal a través de la RPSIM viene a suponer un agravio comparativo para quien, además de ser insolvente, carece en su entorno de otros apoyos que le permitan evitar la privación de libertad.

El segundo de los aspectos —estrechamente relacionado con el anterior— que hace discutible la RPSIM como pena derivada o subsidiaria de la multa impagada tiene que ver con la desafortunada aplicación judicial del propio sistema de días-multa²¹. Según lo dispuesto en el artículo 50.5 CP, la determinación de la cuota diaria debe fijarse en la sentencia, teniendo en cuenta para ello «exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo». Esta previsión, unida a la que se contiene en el art. 51 CP (según la cual el juez o tribunal puede modificar tanto el importe de las cuotas periódicas como los plazos para el pago, en caso de que varíe la situación económica del penado después de la sentencia) debería, en buena lógica, reducir los supuestos de RPSIM a casos excepcionalísimos, lo cual, sin embargo, no parece confirmarse en la realidad.

En efecto, como sostiene Ortega Calderón, la cuestión que cabe plantearse es si cuando de forma sobrevenida se aprecia la insolvencia del penado no se está incurriendo en contradicción respecto a la previa averiguación patrimonial que debía realizarse para la individualización cuantitativa de la cuota diaria de multa²². Y desde luego, hay buenos motivos para sospechar que así ocurrirá en

²⁰ Según COCA VILA, Ivó (La pena de multa en serio, InDret 3/2021, pp. 80 s., 84 ss.), aunque para evitar esta situación es necesaria una profunda reforma legal de la pena de días-multa en sus aspectos sustantivos e institucionales, de *lege lata*, el recurso a un tercero para evitar la afectación personal de la multa sería constitutivo de un delito de quebrantamiento de condena del art. 468 CP, del que respondería no sólo el condenado a la pena multa, sino también, en su caso, el *extraneus* que paga la multa (a menos que lo haga directamente a espaldas del condenado, en cuyo caso, por el carácter de delito especial del art. 468 CP, el hecho quedaría impune).

²¹ Como críticamente apunta Díez Ripollés, José Luís (La evolución del sistema de penas en España: 1975-2003, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 8, 2006, p. 24), la posibilidad de que la pena de multa adquiriera un relevante significado preventivo «exige abandonar rutinas judiciales, que han desactivado el potencial de esta pena mediante su aplicación diletante, y proporcionar a la administración de justicia medios rápidos y sencillos que permitan determinar el nivel económico del delincuente así como imponer y asegurar el cumplimiento de sanciones pecuniarias de cuantía acorde con los fines pretendidos».

²² ORTEGA CALDERÓN, Juan Luís, La STS 634/22 de 23 de junio: de nuevo a vueltas sobre los trabajos en beneficio de la comunidad y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, Diario La Ley, n.º 10115, 2022.

innumerables ocasiones, como consecuencia de la doctrina jurisprudencial que mantiene que cuando la cuota señalada está muy próxima al mínimo legal no hace falta (ning)una especial motivación judicial, debiendo quedar reservado el nivel mínimo de la pena de multa para casos extremos de indigencia o miseria. Así, por poner algunos ejemplos, el TS ha venido a confirmar la imposición de una cuota diaria de 12 euros de multa, sin motivación, a un sujeto «de desconocida solvencia» según la sentencia *a quo*²³; o una cuota diaria de 12 euros, entendiéndose que «la sola referencia de que ambas (*scil.* condenadas) han sido asistidas por Letrados de su elección patentiza la suficiente capacidad económica para atender al pago de la cuota fijada que, se insiste, es muy próxima al mínimo legal»²⁴, o una cuota de 100 euros basándose exclusivamente en el importante volumen de facturación de la empresa de la persona condenada^{25 26}.

El propio TS ha venido a respaldar la exigua o nula averiguación patrimonial del reo en orden a la fijación del importe de las cuotas de multa, cuando señala que «la valoración de la situación económica del acusado no significa que los Tribunales deban efectuar una inquisición exhaustiva de todos los factores directos o indirectos que pueden afectar a las disponibilidades económicas del acusado, lo que resulta imposible y es, además, desproporcionado, sino únicamente que deben tomar en consideración aquellos datos esenciales que permitan efectuar una razonable ponderación de la cuantía proporcionada de la multa que haya de imponerse»²⁷.

No puede dejar de señalarse que la escasa información disponible sobre la situación económica del condenado en el momento de dictar sentencia²⁸ contrasta con la sistemática averiguación patrimonial en la fase de ejecución de sentencias, ya sea para el cobro de la multa o de la responsabilidad civil²⁹, tanto a través del punto neutro judicial (CGPJ), como de la oficina de recuperación y gestión de activos (Real Decreto 948/2015, de 23 de octubre).

²³ STS 419/2016, de 18 de mayo, ECLI:ES:TS:2016:2274.

²⁴ STS 553/2013, de 19 de junio, ECLI:ES:TS:2013:3429.

²⁵ STS 222/2023, de 27 de marzo, ECLI:ES:TS:2023:1286.

²⁶ En el caso que resuelve la SAP Pontevedra 45/2023, de 26 de abril (ECLI:ES:APPO:2023:958), la sentencia de instancia establecía una cuota diaria de 10 euros, sin más consideración que la capacidad económica que denota la propiedad de un vehículo (vehículo del que no consta, de los datos recogidos en la causa, que fuera propiedad del condenado; que además no fue tasado, y que por su matrícula cuenta con una antigüedad mínima de 23 años).

²⁷ Con cita de otras anteriores, STS 222/2023, de 27 de marzo, ECLI:ES:TS:2023:1286.

²⁸ CARDENAL MONTRAVETA, Sergi, La pena de multa. Estudio sobre su justificación y la determinación de su cuantía, Marcial Pons, 2020, pp. 98-119; EL MISMO, Ejecución y prescripción de la pena de multa, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 41.

²⁹ BARQUÍN SANZ, Jesús, La pena de días multa en la práctica judicial española, en: de Vicente Remesal *et. al.* (Dir.), Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario, Reus, Madrid, 2020, p. 1245.

A lo anterior cabe añadir que en el orden de prelación que dispone el artículo 126.1 CP para la imputación de los pagos que efectúe el penado figura en primer lugar la reparación del daño causado e indemnización de los perjuicios, y solo en último lugar el pago de la multa, sin que el condenado a una pena pecuniaria pueda optar por destinar los recursos de que dispone a asegurar su propia libertad, en lugar de ponerlos a disposición de quien ha sufrido las consecuencias dañosas del delito (STS 1038/2009, de 3 de noviembre³⁰). Consiguientemente, puede suceder que la insolvencia del condenado derive precisamente de la existencia de la deuda civil que prioritariamente debe saldar *ex lege*³¹, obligando a aplicar la RPSIM para el cumplimiento de la pena; lo que, según Mateos Rodríguez-Arias estaría dando lugar en realidad a una situación de prisión por deudas que es contraria a la CE³².

2. Por lo que hace a los reparos de la RPSIM en relación con el principio de proporcionalidad, ya he señalado anteriormente la posibilidad de que la RPSIM derive en el cumplimiento de una pena más grave que aquella que originariamente pudiera corresponder por el tipo de infracción cometida³³. Esto será especialmente notorio en aquellos delitos leves, castigados con una única pena de multa, cuyo mínimo se sitúe en los tres meses, pero cuyo máximo alcance los seis, nueve, doce o dieciocho meses³⁴, delitos en los que la imposición de la pena de multa en su máxima extensión, dará lugar, en caso de impago por insolvencia, a una privación de libertad en forma de RPSIM de tres, cuatro y medio, seis o nueve meses respectivamente. El efecto agravatorio será especialmente apreciable cuando se opte, como forma de cumplimiento de la RPSIM, por el ingreso en centro penitenciario; pero también se produce cuando se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad.

Iguales problemas de proporcionalidad pueden producirse en aquellos delitos menos graves castigados con pena alternativa de prisión o multa, cuando esta última, por su extensión, sea susceptible de convertirse en una RPSIM de duración superior a la propia pena privativa de libertad (prisión), que como

³⁰ ECLI:ES:TS:2009:6475

³¹ CARDENAL MONTRAVETA, Sergi, Ejecución y prescripción de la pena de multa, 2020, pp. 22 ss.

³² MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio, El impago de la responsabilidad civil, La Ley Penal, 35, 2018, p. 3.

³³ *Vid. supra* II.1.

³⁴ En el CP actualmente vigente son delitos leves castigados con pena de multa máxima de seis meses los previstos en los arts. 163.4; 245.2; 247.1; 254.1; 399; 456.1.3.º; 465.2 y 470.3. Es delito leve castigado con pena de multa máxima de 9 meses el previsto en el art. 267. Son delitos leves castigados con pena de multa máxima de doce meses los previstos en los arts. 195.1 y 2; 236; 255.1; 256.1 y 397. Y son delitos leves castigados con pena de multa máxima de dieciocho meses los previstos en los arts. 246.1 y 324.

pena alternativa directa prevé el propio delito³⁵. Un ejemplo paradigmático, y de particular relevancia práctica, lo constituye el delito de conducción sin permiso o licencia, del art. 384 CP³⁶. En este supuesto, la multa de doce a veinticuatro meses, prevista como pena principal alternativa, es susceptible de transformarse, en caso de insolvencia, en una RPSIM de entre seis y doce meses. En consecuencia, salvo que la multa se hubiera impuesto en el límite mínimo (doce meses multa) –en cuyo caso, la eventual RPSIM coincidiría con el máximo de seis meses de privación de libertad–, en todos los demás casos, la duración de la multa efectivamente impuesta dará lugar, en caso de impago, a una privación de libertad que supera el máximo de la pena de prisión que el precepto prevé como pena alternativa (seis meses). Es importante subrayar que, para avistar este tipo de problemas y proceder, en su caso, a una interpretación correctora, acorde con el principio de proporcionalidad de las penas, es menester que el órgano encargado de la ejecución no pierda de vista la sentencia condenatoria de origen cuando decide sobre la RPSIM; algo que no siempre se percibe en la lectura de los correspondientes autos de la denominada jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales, donde lo más frecuente es que el apartado de antecedentes de hecho ni siquiera haga referencia a la condena inicial, limitándose a referir las resoluciones de la ejecutoria relativas a la denegación de la suspensión y/o denegación de cumplimiento de la RPSIM a través de trabajos en beneficio de la comunidad, que son objeto del recurso de apelación.

En relación con la cuestión que acabo de señalar han empezado a producirse algunos pronunciamientos interesantes de determinadas Audiencias Provinciales que, conscientes de la indeseable desproporción que puede suscitar la privación de libertad procedente de la multa, en comparación con aquella que, como pena máxima, contempla el legislador con carácter principal, están procediendo a limitar el cumplimiento de la RPSIM al *quantum* de la pena tope conminada en abstracto en el tipo subyacente objeto de condena³⁷. Con

³⁵ En opinión de ROCA AGAPITO, Luis (La responsabilidad personal subsidiaria, 2003, p. 435) sería oportuno, *de lege ferenda*, que el legislador previera expresamente un límite que impidiese superar el máximo de la pena alternativa que apareciese junto a la pena de multa.

³⁶ Aunque lo mismo sucede con las lesiones por imprudencia grave del art. 152.1.1.º CP; el delito de hacer uso de bienes embargados por autoridad pública constituidos en depósito sin estar autorizados para ello, del art. 258 bis CP; los delitos de expendición o distribución de moneda o sellos de correos o efectos timbrados falsos recibidos de buena fe, después de tener constancia de la falsedad, de los arts. 386.3 y 389 CP, o el delito de incomparecencia judicial del art. 463 1 y 3 CP.

³⁷ Así, por ejemplo, el Auto de la AP Murcia 436/2023, de 6 de junio (Rec. 255/2023), o el Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña 497/2023, de 10 de julio (ECLI:ES:APC:2023:589A), que señala que «el desenlace de la Ejecutoria (...) traduce una respuesta penal del Estado imprevisible antes de la vista oral, extraña a la intervención proporcional diseñada por el legislador para la acción antijurídica de conducción sin carnet (por inhabilitación judicial del mismo), no exactamente ajustada a lo que arraiga en el

todo, siguen sucediéndose otras resoluciones que confirman la imposición de una RPSIM (privación de libertad derivada de insolvencia) por encima de la privación de libertad prevista legamente como pena principal³⁸.

IV. Adentrándonos ahora en la forma de ejecución concreta de la RPSIM, cabe señalar que la parca regulación contenida en el art. 53 CP no resuelve las cuestiones esenciales que afectan a los cauces procesales ni a los criterios de decisión acerca de las distintas formas de cumplimiento de la pena, dando lugar a pronunciamientos judiciales dispares, en una materia especialmente sensible por afectar a derechos fundamentales como la libertad o el derecho a la tutela judicial efectiva³⁹.

Como se ha señalado, siendo la RPSIM una pena privativa de libertad, lo primero que corresponde, una vez haya sido declarada como pena sustitutiva de la multa impagada, es valorar si puede ser suspendida en el caso concreto, conforme a lo previsto en los artículos 80 ss. CP. Y solo a continuación, caso de denegarse la suspensión, debería determinarse la forma de cumplimiento: bien mediante trabajos en beneficio de la comunidad, o bien mediante el ingreso en centro penitenciario (o mediante localización permanente, en caso de delito leve)⁴⁰. Sin embargo, lo que con frecuencia ocurre en la práctica es que es una sola y única resolución la que conjuntamente resuelve sobre la (denegación de la) suspensión y sobre la (denegación de la) posibilidad de cumplimiento de la RPSIM mediante trabajos en beneficio de la comunidad. Y, muy a menudo, argumentando una y otra decisión con idénticos razonamientos, que se limitan, en esencia, a la trayectoria criminal del sujeto, derivada de los datos de su hoja histórico-penal. Incluso es frecuente en estas resoluciones la afirmación de que, si el sujeto ya ha cumplido anteriormente (o se encuentra cumpliendo en la actualidad) otras penas de prisión, desaparecería la justificación última de las instituciones alternativas a las penas cortas privativas de libertad de evitar los efectos criminógenos derivados de su cumplimiento.

No puede desconocerse que la ejecución de una pena de trabajos en beneficio de la comunidad supone para los (ya saturados) órganos encargados de la ejecución, una carga de trabajo previsiblemente muy superior a la que supo-

hueso del principio acusatorio y, sin vuelta de hoja, exigente de corrección en este último trámite de control de la legalidad y justificación de la pena».

³⁸ Como ejemplo, Auto de la AP de Valladolid 292/2023, de 2 de septiembre (ECLI:ES:APVA:2023:463A).

³⁹ HERNÁNDEZ LARRAÑAGA, Zita, La responsabilidad personal subsidiaria derivada del impago de multa: los problemas derivados de su cumplimiento en régimen de privación de libertad, Foro Judicial Independiente, Boletín Digital, 5, 2018.

⁴⁰ TUERO GONZÁLEZ, Alejandro/RÍOS MARTÍNEZ, Miguel, Código Penal. Fe de erratas, Círculo Rojo, 2022, p. 68.

ne la sencilla remisión del condenado a prisión. Pero este no puede ser argumento suficiente para incrementar el rigor punitivo cuando existen alternativas viables⁴¹. Denegar la pretensión de cumplimiento de la RPSIM mediante trabajos en beneficio de la comunidad basándose únicamente en los antecedentes penales del sujeto supone contemplar esa posibilidad como un régimen de sustitución de la prisión derivada del impago de multa, sometido a los requisitos de la antigua sustitución del art. 88 CP (dejado sin contenido por la LO 1/2015), o de la actual suspensión extraordinaria del art. 80.3 CP⁴². Considero, sin embargo, que esto no es correcto. Una vez fijada la RPSIM, esta no muda su naturaleza de pena privativa de libertad, y las posibilidades de suspensión o conversión en trabajos en beneficio de la comunidad no son sino modalidades de cumplimiento de la RPSIM⁴³, que habrán de adoptarse con base en argumentos razonables, a partir de las circunstancias que concurran en cada caso⁴⁴. El argumento de que el penado ya esté en prisión cumpliendo otras condenas, lejos de respaldar la denegación de cumplimiento de la RPSIM mediante trabajos en beneficio de la comunidad (con la consiguiente prolongación de estancia en prisión), permite albergar la expectativa de que el cumplimiento (en prisión) de los trabajos en beneficio de la comunidad repercuta en un mejor pronóstico de rehabilitación desde el punto de vista preventivo⁴⁵.

Resulta discutido si, una vez impuesta la RPSIM, cabe admitir como pago extemporáneo la consignación por parte del penado del importe total o parcial de la pena de multa. Sobre esta cuestión no existe unanimidad, aunque viene siendo admitida por los tribunales, permitiendo que las sumas abonadas en concepto de pago de multa sean computadas para la liquidación de la

⁴¹ Como señala el Auto de la AP Barcelona 746/2021, de 22 de julio, «El análisis de la forma de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria no puede hacerse de forma rutinaria sino valorando por qué en el caso concreto procede una opción (trabajos en beneficio de la comunidad) u otra (privación de libertad). En consecuencia, la privación de libertad ni es la única posibilidad ni es la preferente para cumplir la responsabilidad personal subsidiaria».

⁴² SOLAR CALVO, Puerto, Responsabilidad personal subsidiaria y TBCS. La vía del artículo 53 CP tras la LO 1/2015, Diario La Ley, 9040, 2017, p. 2 s.

⁴³ ORTEGA CALDERÓN, Juan Luis, Diario La Ley, n.º 10115, 2022, IV.

⁴⁴ Al margen de que el sujeto cuente con antecedentes penales relevantes (y que, por ello, no resulte factible la suspensión de la ejecución), pueden darse otras circunstancias que permitan acoger el cumplimiento de la RPSIM mediante trabajos en beneficio de la comunidad. Así, por ejemplo, si las ocasiones anteriores en las que el sujeto ha sido condenado a pena de multa, esta se ha cumplido sin necesidad de transformarse en RPSIM, y/o si las veces anteriores en que fue condenado a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, esta pena fue igualmente cumplida, no debería haber obstáculo para admitir la forma de cumplimiento alternativo de la RPSIM. Al respecto, *vid.* Auto AP Pontevedra 219/2022, de 7 de abril (ECLI: ES: APPO:2022:715A). Véase también CARDENAL MONTRAVETA, Sergi, La pena de multa, 2020, p. 58.

⁴⁵ En este sentido, Auto AP Pontevedra 496/2023, de 31 de julio (ECLI:ES:APPO:2023:1148A).

RPSIM⁴⁶ (eso sí, sin que ello implique que puedan volver a discutirse aspectos esenciales de la pena de multa, como el importe de las cuotas o la posibilidad de aplazamiento de pago).

Ahora bien, concebir la RPSIM como auténtica pena privativa de libertad, y la conversión en trabajos en beneficio de la comunidad o en localización permanente –en caso de delitos leves– como modalidades de cumplimiento (y no como penas sustitutivas de la RPSIM) debe llevar a la conclusión de que el eventual incumplimiento de los trabajos en beneficio de la comunidad o, en su caso, de la localización permanente, no debería contemplarse como delito de quebrantamiento de condena. En su lugar, tal eventualidad debería comportar como única consecuencia la necesidad de retrotraer la ejecución a la previa RPSIM, bien ordenando el cumplimiento en prisión, o bien acordando la suspensión si todavía fuera posible (solución que, sin embargo, no parece ser acogida por la doctrina jurisprudencial más reciente⁴⁷).

V. Dedicatoria.

Con esta breve colaboración me sumo al merecidísimo reconocimiento que brinda este libro a mi querido maestro el Prof. Dr. Dr. h. c. Javier de Vicente Remesal. Como discípula suya, es un honor para mí haber formado parte de los promotores y directores de la obra junto con mi compañero el Prof. Dr. Virxilio Rodríguez Vázquez, y muy especialmente con el Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo y con el Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña, a quienes les estoy eternamente agradecida, porque sin su decisivo y determinante impulso este magnífico proyecto no habría pasado de un ferviente deseo de imposible ejecución. Muchísimas gracias, queridos Diego y Miguel, por permitirnos que vea la luz este Libro Homenaje que, desde su gestación, ha sido muestra del inmenso respeto, admiración y afecto que tantos colegas y amigos profesan a Javier de Vicente. Y no puedo sentirme extrañada, después de haber tenido la oportunidad de forjar mi trayectoria académica de la mano del homenajeado desde que, en 1998, finalizada mi licenciatura, comencé a trabajar en mi tesis doctoral bajo su dirección. Los años que desde

⁴⁶ Así, por ejemplo, Autos de la AP Sevilla 170/2017, de 16 de febrero, AP Tarragona 252/2023, de 14 de marzo, y AP Santander 272/2023, de 26 de junio. Véase también CARDENAL MONTRAVETA, Sergi, La pena de multa, 2020, p. 57. A favor de esta posibilidad GRACIA MARTÍN, LUÍS/BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, en: Gracia Martín/Boldova Pasamar/Alastuey Dobón, Lecciones de consecuencias jurídicas del delito, 6.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 110. En contra de admitir el abono extemporáneo de la pena de multa una vez acordado el cumplimiento de la pena mediante RPSIM HERNÁNDEZ LARRAÑAGA, Zita, La responsabilidad personal, Foro Judicial Independiente, 5, 2018.

⁴⁷ Al respecto, ORTEGA CALDERÓN, Juan Luis, Diario La Ley, n.º 10115, 2022; TUERO GONZÁLEZ, Alejandro/RÍOS MARTÍNEZ, Miguel, Código Penal, 2022, pp. 65 ss.

entonces han discurrido, como el sosegado curso de un río, también han ido gestando (y, seguramente, por este orden) mi profundo respeto, admiración y afecto hacia el Profesor Javier de Vicente Remesal.

Desde un primer momento afiancé un hondo respeto por quien había tenido la generosidad de confiar en mí, asumiendo llevar adelante mi investigación en Derecho penal con la aspiración de obtener el título de doctora. Fue entonces cuando fui cabalmente consciente de que el prestigio de Javier de Vicente se asentaba en una imponente formación jurídica general y jurídico-penal en particular, en un excelente dominio de las categorías dogmáticas y en un vasto y profundo conocimiento de las instituciones jurídicas, fruto del estudio sistemático y metódico, cuyas claves traté de ir paulatinamente imitando. Desde esa primera etapa Javier me abrió las puertas de la Escuela del Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña, en la que fui amablemente acogida y que ha sido desde entonces mi privilegiado hábitat académico. La reputación de la Escuela del Prof. Luzón, de la que Javier de Vicente es uno de sus primeros integrantes y referentes, es producto del saber riguroso, del celo intelectual y de la honestidad científica. La hondura, pulcritud y meticulosidad con que Javier aborda cada uno de sus trabajos de investigación es la base de sus reconocidos aportes científicos en cada uno de los muchos campos del Derecho penal que ha abordado, siempre con brillantez. E igual de esmerado y metódico ha sido y sigue siendo como maestro, tal y como lo acreditan, tanto las concienzudas correcciones, que aún cuidadosamente conservo, de mis primeras entregas en fase predoctoral, como también las más recientes, en las que su ojo avizor encuentra siempre lo que yerra o lo que falta, como prueba de que lee a fondo, tomando en serio a quien escribe.

Javier de Vicente, que ha sido el primer –y hasta ahora único– catedrático de Derecho penal de la Universidad de Vigo ha instaurado y mantenido en esa institución desde 1993 un elevado nivel de la ciencia penal, tanto en la investigación como en la docencia, ganándose la respectiva consideración de colegas y estudiantes, a quienes siempre ha tratado con su elegante educación, su talante sereno, y su apacible sonrisa.

Pero además del enorme respeto por su sabiduría, cordura e inteligencia, el devenir del tiempo fue dando paso a mi profunda admiración hacia él. Son muchas las virtudes de Javier que lo convierten en un académico portentoso y en una persona extraordinaria. Como primera discípula suya, y gracias a la coincidencia de ambos en el campus de Vigo, he tenido la fortuna de compartir con él innumerables sesiones de diálogo y de debate informal. Muchas de ellas, por cierto, a su salida de clase, cuando pasaba por mi despacho para conversar sobre los distintos enfoques de un caso práctico, ahondando con

entusiasmo en las variadas hipótesis sugeridas por el alumnado. Algunas –pensaba yo– de lo más disparatado, en las que, sin embargo, y con profunda deferencia hacia su estudiantado, Javier encontraba siempre una digna oportunidad para el cuestionamiento. Ese espíritu comedido y magnánimo es el mismo que ha marcado la pauta de su maestría, preservando y fomentando en sus discípulos, en todo momento, y de muy diversas maneras, la autonomía y el criterio propio de cada uno, generando así un excelente ambiente de trabajo presidido por la colaboración y la reciprocidad. Eso sí: brindándonos él generosamente innumerables apoyos y asideros, adelantándose casi siempre a nuestras aspiraciones y metas.

Con tales mimbres, el enorme afecto que tengo a Javier ha venido casi de suyo. Hemos afianzado una relación de auténtica amistad, que me honra, y de la que me siento orgullosa y feliz. La absoluta confianza que siempre ha tenido en mí, supliendo en muchas ocasiones la que a mí me faltaba, me ha alentado a asumir retos que nunca habría pensado, sacándome de mis casillas convencionales y desafiando a las creencias de mis hábitos mentales. Pero además, si hay algo que quisiera destacar, es que Javier es de esas contadas personas que jamás niega a sus amigos, por más adversas que se presenten las circunstancias, algo que da muestra de su integridad y de su calidad humana. Muchas gracias, querido Javier, por todo y por tanto.

Deseo efusivamente que este 70.º aniversario sea solo el primero de muchos más de magisterio y amistad.

CAPÍTULO XLIX

NUEVAS LECTURAS DE DERECHO PENITENCIARIO. NOTAS CRÍTICAS

CARLOS GARCÍA VALDÉS
Catedrático Emérito de Derecho Penal.
Universidad de Alcalá de Henares, Madrid

I. En el libro-homenaje al buen amigo, relevante profesor y valorado dogmático peruano, Germán Small Arana (Ideas Solución, 2016), escribí por primera vez acerca de los más recientes libros de Derecho Penitenciario de entonces. Y lo hice con el estilo de unas reseñas amplias y relacionadas entre sí, dando cuenta de esta manera de las nuevas aportaciones científicas que podían ser de interés para todos, es decir para los estudiosos, para los penalistas, en general, no dedicados a la materia de la ejecución de penas y, desde luego, para los especialistas. Voy a hacer lo mismo ahora, en este reconocimiento científico al distinguido compañero, el profesor Javier de Vicente Remesal, con ocasión de este merecido volumen colectivo a él dedicado por su ilustre maestro, el profesor Diego Luzón Peña, y muchos de sus colegas, con motivo de su jubilación docente.

Estas crónicas, siempre originales e inéditas de hoy, es evidente que se suman a cuantas vengo llevando a cabo, especialmente, en los correlativos Anuarios de Derecho Penal y Ciencias Penales y, en muy menor medida, en La Ley Penal y en la Revista de Estudios Penitenciarios, aunque las presentes son, con claridad, de mayor entidad; asimismo, es claro que el presente escrito me ha condicionado, durante los últimos tiempos, el publicar otros resúmenes de lectura en las mencionadas Revistas. Únicamente en el mencionado Anuario he continuado, en el año 2023, más limitadamente, con mi labor recensionadora.

La lectura de libros de mi especialidad ha continuado en estos años de jubilación. Junto con los de historia, las biografías, los ensayos y la ópera, llenan mi tiempo de trabajo intelectual y, a la vez, en el último caso, de deseado ocio. Hoy he venido a elegir unos cuantos textos que, entre muchos, me han parecido especialmente merecedores de estas líneas, quedando otros en el recuerdo, como formas de aprendizaje y, siempre, en los estantes de mi biblioteca o en los de mi despacho de la Facultad.

Siete son los textos que voy a contemplar, todos ellos del año 2022, que han aparecido para enriquecer la bibliografía de esta materia concreta. Todos ellos de autor español, algunos ya consagrados (Vicenta Cervelló, Carlos Mir, Pedro Ortego y Sergio Cámara) y una quinta (Ángela Casals) emergiendo claramente entre la doctrina. El libro conmemorativo e institucional burgalés que citaré, se añade a los anteriores. De igual forma, los dos artículos acerca de la pena de galeras los refundiré en uno a efectos de su comentario. Pero los mismos vienen a configurar unas investigaciones necesarias para reafirmar los distintos contenidos de la disciplina penitenciaria.

En el momento que vivimos, se está produciendo un crecimiento importante de la producción a la legislación carcelaria, a su historia, fundamentos y a la vigencia de la Ley Orgánica General Penitenciaria, dedicada. Los más de cuarenta y cuatro años de vigencia (septiembre 1979/septiembre 2023) de esta importante norma, han propiciado las extensas publicaciones al respecto. Libros y artículos de revista se han empleado a fondo en recordar los orígenes del texto en vigor, en llevar a cabo el análisis detallado de sus antecedentes y en efectuar los comentarios y concordancias de la disposición legal.

En este sentido, las cuatro monografías que vengo en contemplar a ello se refieren, con mayor o menor detalle. Son aquéllas: Cervelló Donderis, V: «Derecho penitenciario». 5.^a ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2022, 422 páginas; Mir Puig, C: «Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad». 5.^a ed. Atelier. Barcelona, 2022, 319 páginas; Cámara Arroyo, S: «Criminalidad juvenil femenina y perspectiva de género. Historia, teoría, factores de riesgo, prevención y tratamiento». Dykinson. Madrid, 2022, 882 páginas y Casals Fernández, A: «Manual de Derecho Penitenciario». Dykinson. Madrid, 2022, 265 páginas.

Los otros trabajos restantes, hasta completar los siete, como he dicho, son el volumen colectivo: «1932-2022. Burg90s aniversario Centro Penitenciario». Burgos, 2022, 96 páginas y los dos artículos de Ortego Gil, P: «Sobre el establecimiento de la pena de galeras en Castilla», en Libro-Homenaje al Dr. Emiliano González Díez. Dykinson. Madrid, 2022, páginas 451 y siguientes y el mismo: «Problemas sobre la imposición, ejecución y cumplimiento de la

pena de galeras (siglos XVI-XVII)», en *Initium. Revista Catalana d'Història del Dret*, núm. 27, 2022, páginas 513 y siguientes.

Tres de ellos se nos presentan como útiles manuales de la asignatura (alguno con este título específico) que nos adentran en su estudio y conocimiento, partiendo de la sencillez y claridad de la exposición, no exenta lógicamente de rigor ni de competencia, como corresponde a sus autores. De las tres obras sistemáticas de Derecho Penitenciario, dos claramente acreditadas con variadas ediciones –yo hablo hoy de las postreras– ha de tenerse en cuenta que quienes las firman son profesores universitarios (Valencia, Pompeu Fabra y CEU), alguno de los mismos (Mir) dedicados también a la magistratura, hoy jubilado, lo que acentúa su interés y utilidad. La monografía más específica de Cámara Arroyo es su segunda tesis doctoral y, como la primera, se nos aparece como una valiosísima incursión en la materia. Profesora de la UNED y discípulo de mi discípulo Enrique Sanz Delgado, dirigido esta vez por mi también discípula, la profesora Figueroa Navarro, se trata de una obra merecedora de encomio.

El Derecho Penitenciario es, entre otros temas, la vocación desde hace tiempo de los autores citados, bien reflejado en previas tesis doctorales, importantes libros y relevantes escritos. De ahí, que sean reconocidos en nuestra ciencia por su constancia y pertinente trabajo, significando que Casals es la más joven iniciada en este aspecto.

El texto del Centro penitenciario de Burgos es un repaso ilustrado de la historia y la actualidad de uno de los grandes establecimientos de nuestro sistema carcelario y, en fin, los dos trabajos del profesor Ortego Gil se ocupan de una penalidad no muy estudiada por mí y en verdad llena de interés y valor científico para nuestra historia punitiva: la pena de galeras.

No son los mencionados los únicos y buenos penitenciaristas españoles, pero sí los que han publicado compendios más recientes y actuales (Ricardo Mata, Juanatey Dorado, Zaragoza Huerta, Charo de Vicente, Fernández Arévalo/Nistal Burón o Daniel Fernández Bermejo, entre otros, ¿para cuándo el de Enrique Sanz Delgado?) o han dado a la luz libros –o dirigido otros– y artículos llenos de interés en este asunto. Ello viene a demostrar el creciente interés de la temática penitenciaria y su aceptación en la actual línea editorial. Los nuevos planes de estudios, incluyendo como asignatura troncal u optativa el Derecho Penitenciario han patrocinado la venturosa expansión. En cuanto a monografías o volúmenes colectivos, de cuantas han visto la luz en las últimas décadas (Borja Mapelli, Avelina Alonso, Enrique Sanz Delgado, Téllez Aguilera, M.^a Carmen Figueroa Navarro, Llorente de Pedro, Martínez Escamilla, Diana Milla, Santiago Leganés, Felipe Renart, Antonio Andrés Laso, Cristina

Rodríguez Yagüe, Eugenio Arribas, Ricardo Mata, Charo de Vicente, Puerto Solar, Luis Gargallo, Isabel Ramos, Sara Carou, Tomás Montero, Cristina Guisasola, Laura Delgado, Florencio Marcos, etc.), la presente de Sergio Cámara se me aparece como soberbia y modelo específico de las que de la materia penitenciaria se ocupan; todo lo aprendió, no obstante, de su maestro, mi discípulo, el profesor Enrique Sanz Delgado, autor de algunas de las obras más importantes y significativas del panorama penitenciario español.

Los tres libros de estudio de los que ahora me ocupo tienen una estructura semejante, tributaria de la propia Ley General Penitenciaria en su parte central y se refieren, además, a otros asuntos directamente relacionados con aquélla, cuales la prisión permanente revisable o la libertad condicional, contenidas en el Código Penal. Se crea así una metodología cuyo ordenado contenido nos desvela la totalidad del sistema.

Es cierto, sin embargo, que para profundizar en el presente la introducción histórica se impone, en primer lugar. Sin la contemplación detenida de los orígenes, poca inteligencia y entendimiento cabe de cuánto se ha avanzado y conseguido. Sin la base, los resultados son pobres e incompletos. Nuestro devenir penitenciario es esencial para la comprensión del presente. La legislación pretérita o la aportación de la doctrina especializada, clásica y contemporánea, han conformado, sin ambages, la actualidad. Y de igual forma, el Derecho comparado aporta unos modelos necesarios para determinar el atraso o la modernidad de cualquier texto que se precie. La historia se ha tratado en los libros de referencia, en mayor o menor medida, y se han erigido, prácticamente, como capítulos iniciales de los mismos.

Los tres textos que examino contemplan esta evolución. Bien el remoto pasado, los sistemas clásicos de encierro o los orígenes legislativos españoles, hasta desembocar en la individualización científica, aparecen reseñados (Cervelló, páginas 77 y siguientes; Mir, páginas 27 y siguientes y Casals, páginas 69 y siguientes). El carácter de manual lógicamente excluye una relación más completa que, sin embargo, puede echarse ciertamente en falta. El devenir nacional, tan determinante para el presente, no se toca especialmente en esas páginas, excepto una escueta mención de Casals (páginas 77 y siguientes) siempre digna de agradecer. Y sin embargo, esa gran y modélica legislación sienta las bases del presente: sin las extraordinarias Ordenanzas decimonónicas, sin los capitales Reales Decretos de 1901 y 1913, obra de Cadalso, no hubiera habido, durante décadas, sistema progresivo de cumplimiento de condenas y, en fin, sin el radicalmente innovador salillista de 1903, no existiría la actual individualización científica.

Y si los precedentes son esenciales para cualquier explicación, pienso que la normativa comparada lo es también. Yo tuve en cuenta ambas cosas cuando redacté la vigente Ley Penitenciaria. Los antecedentes los desarrollé ampliamente ante los diputados en la Comisión de Justicia e Interior del Congreso, para hacerles comprender la trascendencia del cambio que se operada, de dónde veníamos y a dónde queríamos ir. Mi exposición de las Reglas Mínimas de Ginebra y los Acuerdos del Consejo de Europa introdujo el Derecho comparado y su contexto. Especialmente expliqué el vigente en Francia, Suecia, Italia o Alemania, sin perjuicio de la cita de otros de menor importancia (Bélgica o Brasil) y ello allanó el camino de la pretendida modernidad, siendo determinante al respecto para contar en nuestra legislación con de la figura del juez de vigilancia penitenciaria, desechándose otras instituciones, por ejemplo la escasa, dispersa y confusa mención del tratamiento, que se quedaba corta para nuestro mejor hacer, o la desmesurada extensión en artículos de los textos extranjeros.

Alguno de los manuales que recojo, no tratan esta información, y como en aquel momento no existía libro alguno accesible que la proporcionara, hube de recurrir a las disposiciones originales, sin perjuicio de una o dos aportaciones doctrinales. El rechazo de muchas de sus iniciativas plasmadas en sus respectivas leyes tuvo pues, en mi criterio, el efecto de enseñanza contraria a cuanto se debía efectuar aprovechando sin, embargo y sin dudarlo, el modelo y la utilidad del control de la autoridad judicial, no obstante más extenso, en cuanto a sus competencias, en la norma española que se estaba creando.

El juez de vigilancia tiene sus capítulos correspondientes en los libros que menciono, especialmente amplios en Cervelló (páginas 163 y siguientes) y Mir (páginas 263 y siguientes) y escasa mención, aunque suficiente, en Casals (páginas 81 y siguientes). La necesidad y oportunidad de su aparición se destaca en todos. Asimismo, es digno de resaltar su evidente concepción de jurisdicción –como tercer poder estatal– y sus consecuencias, el detalle de sus funciones y la mención del sistema de recursos que pueden aquellos magistrados resolver. Cervelló (páginas 179 y 180) también se ocupa del frustrado Anteproyecto del procedimiento ante estos juzgados, de 1977, promovido por la Dirección General de IIPP, nunca llevado a la práctica por la negativa de Minoría Catalana, si mal no recuerdo. En el mismo colaboré cuando fui requerido para hacerlo resultando, como he dicho, un empeño inútil y su finalidad frustrada.

II. La prisión permanente revisable es materia de muy buena dedicación por los tres autores, así Cervelló (páginas 91 y siguientes), Mir (páginas 43 y siguientes) y Casals (páginas 59 y siguientes); no en balde dos de ellos, Cervelló y Casals, son excelentes monografistas del tema. En razonable

extensión, pues no dejan de ser manuales de Derecho Penitenciario, el estudio de la institución es admirable por los conocimientos expuestos, su oposición dogmática a la misma y la crítica científica y de Derecho comparado de su vigencia legal. Denostada por muchos de los mejores, con carácter eminente técnico (a la cabeza el maestro Gimbernat, así como Antonio Cuerda, María Acale, Ríos Martín, etc.), otros en cambio lo efectuaron con vulgares, propagandistas y malas formas, sin criterios jurídicos, como aquí, en estas monografías, se enuncian, y cuando estuvieron los vociferantes en el gobierno, no se atrevieron a derogarla o modificarla, pese a sus múltiples, ruidosas y cínicas manifestaciones previas.

La libertad condicional, ajena a la Ley Penitenciaria pero no a su sistema, pues se encuadra en el Código Penal (se cumplirá «conforme a lo dispuesto en dicho Código», dice el artículo 192 RP), aparece como es lógico en la obra de los autores (Cervelló, páginas 313 y siguientes; Mir, páginas 181 y siguientes y Casals, páginas 173 y siguientes). Históricamente nace como el complemento al régimen progresivo. Fernando Cadalso, patrocinando su Ley reguladora y destinando la prisión de Ocaña (hoy, Ocaña I) a tal efecto, así lo entendió y como cuarto grado de tratamiento aparece hoy en el único artículo de la LOGP a ella dedicado (el 72). Se trae a colación en los tres libros manejados los aspectos de su naturaleza, requisitos o clases, entre otros aspectos, y especialmente, la última reforma de la institución que no únicamente es correctamente expuesta, con objetividad, sino muy criticada por los especialistas. Su degradada naturaleza procurada por la reforma CP de 2015 es tenida en cuenta y calificada como disparate legal. El resultado no es, desde luego, nuestro pasado ni hoy refleja la bondad de su aplicación durante décadas.

El completo análisis de nuestro sistema penitenciario se centra, fundamentalmente, en el estudio de la vigente Ley General Penitenciaria. Sabido es que el texto orgánico se divide en Títulos, que contienen todos los aspectos del mismo: el estatuto jurídico del recluso (Tit. I), el régimen penitenciario (Tit. II) y el tratamiento (Tit. III), así como los apartados referidos al juez de vigilancia (Tit. V), a la Administración en general, a la asistencia postcarcelaria (Tit. IV) y a los funcionarios (Tit. VI). Pues bien, todo ello se encuentra en las obras de referencia en diversos capítulos de las mismas, ofreciendo los autores un similar criterio expositivo.

Los generales derechos y deberes de la Administración penitenciaria *versus* los de los internos y viceversa, es decir el contenido de la llamada doctrinal y jurisprudencialmente «relación de sujeción especial», se encuentra en el Título Preliminar. Cuanto avance humanitario se ha ido produciendo históricamente aquí se contempla y se tiene por modelo indispensable de toda la legis-

lación, a desarrollar en el articulado posterior y en el concordante Reglamento. Régimen y tratamiento se conjugan para describir unas pautas imprescindibles en un Derecho Penitenciario moderno. Mucho de lo recogido tiene, eso sí, sus antecedentes. Por ello puede decirse, por un lado, que pocas instituciones aparecen totalmente *ex novo*; por el otro, que lo efectúan profundamente actualizadas y por un tercero, que el resto son radicalmente novedosas.

Crear que un sistema penitenciario como el nuestro, siempre de los más avanzados de Europa, nace de la imaginación del legislador es pensamiento gratuito y baladí. Siempre he creído que sin nuestro pasado poco se hubiera tenido por admirable en la norma. Los beneficios que acortan las condenas, ya presentes en la Ordenanza General de Presidios de 1834 (artículos 303 y siguientes); el primitivo régimen progresivo, válido durante tantos años; la libertad condicional, desarrollada a partir de 1914, el trabajo carcelario, una lenta dulcificación progresiva y garantista del régimen disciplinario o el régimen abierto, no son precisamente nuevos. Pasan a la disposición orgánica, a su letra, a su sentido o a su espíritu, con una prestancia y autoridad inconmensurables. Incluso el tratamiento, tan novedoso en nuestra Ley, prácticamente desconocido en su regulación en el mejor Derecho comparado, tiene su inmediato pretérito con la aparición de Gabinetes Psicológicos (el de la prisión de Carabanchel, REP, 1965) o en la reforma del Reglamento de 1977, cuya inspiración se debe al funcionario del Cuerpo Técnico de IIPP (especialidad de Psicología) Jesús Alarcón Bravo.

Esto es nuestro Derecho Penitenciario y de ello se ocupan los autores en los libros que recojo en estas líneas, que me inspiran y me hacen volver al estudio y recuerdo apasionado de cómo se formó la vigente legislación del ramo.

La catedrática de Valencia, Vicenta Cervelló, recoge con orden todos los aspectos del sistema, a partir de las páginas 141 y siguientes. De entre sus aportaciones quiero destacar, entre otras, algunas ya mencionadas, el capítulo dedicado a los establecimientos (páginas 233 y siguientes). Y ello por haberla yo encargado precisamente, cuando la Secretaria General, Mercedes Gallizo, me designó para dirigir lo que denominada «relectura» de la Ley Orgánica General Penitenciaria, esta materia, reforma que finalmente no se consumó. La descripción es más que correcta y denota el profundo conocimiento de las variedades de centros que tiene de la autora. Con todo sentido, se ponen en relación, previamente, algunos de los mismos con la clasificación penitenciaria de los condenados (páginas 211 y siguientes) o, en fin, con la ejecución de las medidas de seguridad en los especiales (páginas 365 y siguientes). La gran jurista y penitenciarista que hay en la profesora Cervelló Donderis no obvia el resto de instrumentos regimentales que existen en nuestra norma legal. Todo se

contempla y estudia, con el rigor a que nos tiene acostumbrados, con una visión realista de la situación y un sentimiento progresista en la interpretación de las instituciones. En este sentido, son de destacar sus reflexiones respecto a los FIES (páginas 241 y siguientes) o acerca de la sanción de aislamiento (páginas 354 y v).

El profesor de la Pompeu Fabra y magistrado del TSJ Cataluña, Carlos Mir Puig, utiliza en su destacado libro un sistema expositivo igualmente riguroso y metodológicamente fácil de comprender. En esta 5.ª ed. de la obra todavía figura, sin tocar, que por su generosidad no ha suprimido, el Prólogo que le hice a la 1.ª ed. y donde adelantaba la bondad de la misma y la gran competencia del autor.

Ya he citado alguna de las aportaciones que se contienen en la monografía y ahora quiero recoger cuantas hacen relación al sistema general descriptivo del contenido del régimen y del tratamiento penitenciario, que es la auténtica esencia normativa. No podía ciertamente diferenciarse mucho de lo efectuado por Vicenta Cervelló, sin perjuicio de la posición de los capítulos continentales de las consabidas explicaciones. De nuevo, aparece aquí, completo y claro, la materia de estudio de nuestro Derecho Penitenciario, con un gran detalle y claridad de lectura. Precisamente en aras de lo manifestado, la cita de, por ejemplo, los FIES (páginas 118 y siguientes), la tengo igualmente en cuenta, así como las amplias referencias a los beneficios y permisos penitenciarios, al régimen disciplinario o lo relativo al tratamiento.

El libro de Carlos Mir es así un verdadero modelo de texto de estudio de nuestro Derecho Penitenciario, como el de Vicenta Cervelló. Ambos han alcanzado sus múltiples ediciones por méritos propios y por la trascendencia de sus enunciaciones accesibles y a la vez intensas y profundas. Los especialistas no pienso que precisen de más para la comprensión de este sector de nuestro ordenamiento jurídico-penal.

La obra de Ángela Casals es, asimismo, muy interesante. Buena conocedora de las penas privativas de libertad, se trata de una recopilación de instituciones llevada a cabo acorde con el orden legal, que resume con detenimiento y rigor. Ya he mencionado anteriormente su postura en diferentes aspectos del sistema recopilado que se puede calificar, sin dudar, como más que correcta y muy adecuada. No es un texto tan experimentado como los anteriores, pues la edad, la práctica y el saber cuentan en esto, pero es igualmente en verdad recomendable para iniciarse en la materia del ramo, despertando la inquietud del buen lector.

La monografía de Sergio Cámara ha de tratarse aparte, por no ser un manual ni, en consecuencia, una exposición completa de la materia penitenciaria. Pero lo que sí se nos aparece en sus amplias páginas es un verdadero tratado

de la delincuencia y prisión femenina, como con anterioridad lo fue su gran libro, en 2 volúmenes, acerca de los jóvenes y su internamiento (Ministerio del Interior, 2011). Premios Victoria Kent (IIPP) y Ángeles Durán (UAM) y reconocido docente e investigador, el prof. Cámara Arroyo es uno de nuestros grandes penitenciaristas jóvenes, aunque sus conocimientos abarcan la totalidad de la disciplina penal, como demuestra en cuantas publicaciones llevan su firma, escritas en su totalidad con extraordinaria competencia.

De la presente obra he de destacar su capítulo tercero (páginas 287 y sigs.), el más penitenciario de todos. El sexto (páginas 637 y siguientes), se ocupa del internamiento actual en los establecimientos señalados en la Ley del menor. El resto es Criminología, reconocible y superiormente tratada, pues todo lo relevante se contempla: las estadísticas criminales, la etiología delictiva y su evolución en nuestro país, así como los factores de riesgo especificados o las teorías criminológicas. Claridad y rigor se entrecruzan en estas líneas verdaderamente modélicas.

En cuanto a las cárceles de mujeres el recorrido que abarca el libro de Sergio Cámara, desde la galera de mujeres a las casas de acogida, pasando por las Ordenanzas y reglamentaciones, la original y las decimonónicas, es historia de nuestro penitenciarismo y del bueno. Llevado a cabo, claro es, con precisión y gran conocimiento de las instituciones. El importante apartado se completa con la mejor y más extensa bibliografía que puede encontrarse al respecto.

Sin embargo, no finaliza la magnífica exposición en la época reciente pues se corta antes. No se menciona así cuando los Códigos penales recogían la exigencia de destinar a las mujeres penadas a prisiones, no a presidios – aquella galantería legislativa para con las damas, que decía Quintano– lo cual venía desde lejos, pues las reas jamás fueron internadas en los arsenales, en el trabajo en las minas de Almadén o en los presidios de obras públicas o africanos que, como he dicho en otra ocasión (Libro-Homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero, II. BOE, 2021) no querían mujeres; ni cuándo se suprimen de los órganos de dirección y vigilancia de las reclusas en los centros a las órdenes religiosas (por ejemplo, las Cruzadas Evangélicas de la Trinitat barcelonesa). No es un reproche, aunque ello se puede echar relativamente en falta, si bien la bondad de lo escrito supera la pequeña ausencia que, ciertamente, se debe rellenar fácilmente al contemplar los textos contemporáneos. Mas la iniciativa del comienzo, el contenido o la finalización de la investigación pertenece al autor y ha de respetarse, máxime en obra tan extraordinaria y completa, en investigación tan potente y ejemplar.

III. El 90 aniversario de la «prisión central» de Burgos merece el texto editado por el centro, cuya referencia completa ya he expresado. Es el segundo de los dedicados a los años cumplidos de imponente trabajo. El primero, más modesto pues era una especie de catálogo y referido a los 75 años de funcionamiento, publicado en 2007, también me fue entregado en su momento por el comisario de la exposición conmemorativa, el gran amigo burgalés y destacado especialista Isaac Rilova, y me satisfizo enormemente. El emblemático centro sigue en servicio, adaptándose a los tiempos actuales. La pulcritud y el amor al establecimiento se recogen en sus páginas. Las fotografías del edificio, su señorial patio, locales, funcionarios, presos históricos y otros personajes o figuras se van distribuyendo, poco a poco, en aquéllas. Entre las mismas, destaca la foto de la actual y competente directora, Elena Ramos, funcionaria del Cuerpo Técnico de IIPP, especialidad de Juristas (pág. 25) y la extensa referencia al periódico «La voz del patio», tan primorosamente asesorado por profesionales de la información y elaborado por los propios internos. En el núm. 12, 2023, figura la entrevista, generosa y profunda, que me hicieron el 8 de noviembre del año anterior, en la sede de la Secretaría General.

Los dos primeros apartados son, fundamentalmente, historia. La inauguración en 1932, sus estructuras o su modernidad para la época (páginas 6 y sigs.) se recogen así al principio del texto. De seguido (páginas 16 y siguientes), diversas fotos y notas se ocupan de personalidades relacionados con la desde entonces denominada «prisión central». Victoria Kent, Juan Peñalver – director asesinado en julio de 1936 por los falangistas– o Marcos Ana aparecen de este modo, así como recuadros que nos acercan al recuerdo del Consejo de Guerra que tuvo lugar en aquella localidad en 1970 o las turbulencias acaecidas en la transición. Su larga historia se comparece bien con las diversas etapas en las que el centro sirvió: República, Guerra Civil e inmediata posguerra, dictadura franquista y democracia, permaneciendo incólume a las etapas y al tiempo, servido por grandes profesionales que lo fueron adaptando al momento concreto, con un permanente halo de humanidad.

Dos veces se me menciona en estos renglones con más cariño que merecimiento, reproduciendo una cita propia y en un recorte que es un recordatorio. Como diré al final, mi visita al centro en 1978 quedó en mi memoria. A partir de ahora, los apartados se ocupan de los programas de tratamiento específicos que se desarrollan en el establecimiento de Burgos (páginas 26 y siguientes), la tarea educativa, laboral o sanitaria, el sistema de seguridad y vigilancia (págs. 66 y sigs.) o los importantes departamentos de trabajo social y de gestión de penas y medidas alternativas (páginas 76 y siguientes). Todo entregado y pensado para la reinserción de los internos.

Sinceramente, nunca he visto tanto cuidado, tanta entrega en una publicación penitenciaria y, así mismo, tanto orgullo por el trabajo que se lleva a cabo tan bien hecho. Es verdaderamente una publicación colectiva orientada a dar a conocer un centro penitenciario modélico, exponiendo todo su potencial cuando la vocación humanitaria se impone. Yo recuerdo Burgos en otros momentos y no era así. Ocupado ciertamente por los internos más violentos, hacinados en las brigadas; clasificado en primer grado, con el celular vacío y con únicamente unos talleres que, eso sí, como siempre funcionaban, incidí en la necesidad de convertir la prisión en una referencia de futuro, atendiendo a la Ley General Penitenciaria, entonces en tramitación parlamentaria, y en recuperar el decreciente prestigio de los esforzados y leales funcionarios. Mi nuevo director, Martiniano Martín Vicente, se dedicó a la empresa con una dedicación para la que nunca regateé el elogio. Una placa con mi nombre, restaurada, a la derecha del reloj, figura en el gran patio poseedor de auténtica solera, lo que para mí es una permanente alegría y una imperecedera satisfacción.

La pena de galeras no se cumple en un establecimiento penitenciario, igual que acontecerá posteriormente con el trabajo en las minas de Almadén, pues la llamada por Salillas «Real Cárcel de Esclavos», era solo el lugar donde los forzados pernoctaban, aunque es castigo que conllevaba un encierro, cuando propiamente no existía un Derecho Penitenciario. El catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad de Santiago de Compostela, el que fue mi alumno en Alcalá, Pedro Ortego Gil, uno de nuestros más valiosos historiadores jurídicos, en la línea de un Tomás y Valiente, González Alonso, Sánchez-Arcilla o Escudero, incansable en sus publicaciones meritorias, ha dado a la luz, de seguido, las dos investigaciones a aquélla sanción dedicadas, sin duda de naturaleza penal, que ya he referenciado por separado, como fueron escritas, pero que aquí voy a presentar unidas. Genérica la una (la de la revista *Initium*) y localista la otra (la del Libro-Homenaje), que se editó primero, ambas se erigen como de referencia en la materia.

El doble estudio que lleva a cabo el profesor Ortego Gil, especialmente el publicado en *Initium*, es determinante y uno de los más documentados que conozco. Concebida la pena de «servicio de galeras» (*Initium*, pág. 515) como sustitutiva de la de muerte y corporales (Libro-Homenaje, página 452 e *Initium*, páginas 518 y 520), fundamentalmente utilitaria para la Corona que se expandía por tierra y por mar (Libro-Homenaje, páginas 451), se denominó siempre como «condena a remo y sin sueldo» (*Initium*, páginas 525) en los barcos del Rey, a la boga forzada, como dice Ortego (Libro-Homenaje, páginas 459), lo cual definía todo. De la perpetuidad al plazo de diez años de duración en su cumplimiento (*Initium*, páginas 604 y siguientes), los destinos, trabajos y fun-

ciones de los galeotes que con detalle se mencionan, recogen cuantas disposiciones a tan dura sanción se refieren, hasta su definitiva decadencia (Initium, páginas 623 y siguientes). Fue el gran Rafael Salillas quien resumió, con su profunda inteligencia, partiendo de esta pena, la historia penitenciaria española («La vida penal en España». Imprenta Revista de Legislación, 1888): el preso ha sido remero (galeras), bombero (arsenales) y minero (Almadén). No me parece un sacrilegio añadir a la genial frase del maestro aragonés la ocupación de cantero (presidio de obras públicas), pues en tal tarea se desempeñaron los condenados posteriormente.

Los libros y artículos mencionados merecen mi recuerdo en este momento y el figurar con todos los honores en las bibliotecas de los especialistas. Los tres primeros, los compendios o manuales de Derecho Penitenciario, no pueden narrar, porque no estuvieron como contemporáneos sus autores, la peripecia de cómo se llevó a cabo la Ley General Penitenciaria, lo cual es lógico, aunque todos destacan mi labor en la redacción de la norma y en la gestión de la Administración penitenciaria. El que yo todavía haya podido narrarlo en primera persona, después de tantos años y en otras tantas publicaciones, atendiendo a mis recuerdos, subsanan esta ausencia. Pero eso hoy, como diría Rudyard Kipling, es otra historia.

CAPÍTULO L

LA INHABILITACIÓN PROFESIONAL COMO PENA: UN APUNTE

ÁNGEL SANZ MORÁN

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Valladolid. Dr. h. c.
Patrono de la FICP

I. La más reciente ocupación científica del Profesor de Vicente Remesal se ha centrado, de manera particular, en el problema de la responsabilidad penal en el ámbito sanitario y dentro de este amplio campo de estudio nos interesa destacar aquí la atención por él prestada a la índole de la respuesta punitiva, lo que se ha concretado en algunas importantes contribuciones relativas a la pena de inhabilitación profesional¹. Aportaciones que cobran, además, especial relevancia si tenemos en cuenta la (reiteradamente constatada) escasa atención que nuestra doctrina penal viene dispensando a las denominadas «penas privativas de derechos»². De ahí que, en cuanto recibí la amable invitación de los impulsores de este merecido Libro Homenaje, me pareciera oportuno volver sobre este problema –al que tangencialmente he dispensado alguna

¹ Véase, especialmente, DE VICENTE REMESAL, J., La pena de inhabilitación profesional: consideraciones desde el punto de vista de los fines de la pena, en CPC 113 (2014), pp. 45-104; Revisión crítica de los presupuestos, carácter y alcance de la pena de inhabilitación profesional en el CP español: especial referencia a la inhabilitación profesional médica, en RP 39 (2017), pp. 50-65 y, más recientemente, La relación del ámbito profesional con la prohibición del ejercicio de la profesión como pena principal, accesoria, o medida de seguridad, en Estudios penales en homenaje al Profesor José Manuel Lorenzo Salgado, Valencia 2021, pp. 1465-1492.

² Véase, por todos, GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, A. Las penas privativas de derechos políticos y profesionales. Bases para un nuevo modelo regulativo, Valencia 2012, p. 148 («...constituyen una de las instituciones penales que menos han atraído la atención de la doctrina española...») y, especialmente, pp. 197 ss.

atención anteriormente—, si bien con la necesaria concisión impuesta a las contribuciones de esta obra colectiva, lo que se traducirá también en la reducción al mínimo indispensable de las referencias bibliográficas.

Fuera del ámbito de mi Universidad de Valladolid, fue Javier de Vicente el primer penalista español con el que entablé relación, al coincidir ambos, en el inicio de nuestra andadura académica, en el Goethe Institut de Rothenburg ob der Tauber. En aquellos dos meses de intenso aprendizaje del idioma alemán se cimentó una amistad que, más de cuatro décadas después, no ha hecho sino consolidarse, dada la generosa acogida que he encontrado siempre por parte de ese formidable grupo que componen la escuela del Profesor Luzón. Nuestra común procedencia del medio rural castellano ha hecho el resto. De ahí la satisfacción que me supone contribuir, siquiera sea modestamente, a esta obra que le brindamos los colegas y amigos.

II. Intentaré resumir en unas pocas líneas las múltiples e importantes reflexiones que, en torno a la pena de inhabilitación profesional —y, en particular, la inhabilitación profesional médica³— recogen las contribuciones del profesor de Vicente a que acabo de referirme. El peso central de su argumentación se destina al análisis del modo en que esta pena satisface las distintas exigencias de prevención general y especial⁴. Destaca, en particular, nuestro homenajeado, cómo, desde la perspectiva de la prevención general, los mayores problemas los encontramos a la hora de hacer valer la idea de proporcionalidad, mientras que, en sede de prevención individual, sirve mejor esta pena a los fines de intimidación especial e inocuización, que al mandato de resocialización. Matiza, por otra parte, nuestro autor, estas conclusiones, en función de que la pena que nos ocupa se imponga como principal o como accesoria.

Pero, más allá de esta atención especial destinada a los fines de la pena, las contribuciones del profesor de Vicente que nos sirven aquí de hilo conductor analizan con detalle distintos aspectos del régimen legal de la pena de inhabilitación profesional, como son el problema de su naturaleza jurídica, su previsión en el derecho comparado (cuestiones éstas sobre las que volveremos después), los supuestos legales en qué viene en consideración (como pena

³ De la literatura inmediatamente anterior a las contribuciones de Javier de Vicente relativas a este particular, véase, por todos, FERNÁNDEZ PANTOJA, P. La inhabilitación especial como consecuencia jurídico-penal derivada del ejercicio de la profesión médica o sanitaria, en MORILLAS CUEVA (Dir.), Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios, Madrid 2009, pp. 241-274.

⁴ Véase, especialmente, La pena de inhabilitación, pp. 59 ss. y La relación del ámbito profesional, LH-Lorenzo Salgado, pp. 1472 ss. También en la monografía, antes citada, de GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, se analiza el problema de las penas privativas de derechos políticos y profesionales fundamentalmente desde la perspectiva de los fines de la pena.

principal y como accesoria) y algunos problemas centrales que suscita su aplicación, como lo es el de si cabe la suspensión condicional de la misma. Por lo demás, y dada su atención prioritaria a la inhabilitación profesional médica, estudia de manera particular los problemas de la relación de la pena con la índole del delito cometido, su ámbito de aplicación (general o específicamente referido a una actividad concreta) y el carácter imperativo o meramente potestativo de su imposición⁵. En relación a todas estas cuestiones, ofrece soluciones muy ponderadas, en cuyo estudio no puedo detenerme, aunque sobre algunas de ellas volveré más adelante.

III. En cualquier caso, el análisis de Javier de Vicente es, fundamentalmente, de *lege lata*, aunque, en relación a algún problema concreto, ofrezca también propuestas concretas de reforma, pero, de ordinario, sin cuestionar la consideración legal vigente de la inhabilitación profesional como pena. Y ésta es también la forma en que convencionalmente se aborda esta cuestión en nuestra doctrina. Baste recordar la expresiva afirmación de Pozuelo, quien, tras constatar las afinidades entre las penas privativas de derechos y algunas medidas de seguridad, concluye que, puesto que «el Código penal establece expresamente que se trata de penas», ello «excluye posteriores discusiones en lo que atañe a su naturaleza jurídica»⁶. Y tampoco discuten esta naturaleza de penas, las propuestas del Grupo de Estudios de Política Criminal, que consideran las inhabilitaciones profesionales como un medio especialmente adecuado en el ámbito de la criminalidad económica⁷

La perspectiva que aquí vamos adoptar es, por el contrario, prioritariamente de *lege ferenda*. Dejando a un lado el estudio del régimen legal de la pena que nos ocupa, cuyos detalles han sido ya suficientemente esclarecidos por nuestro homenajeado, trataremos de mostrar que muchos de los aspectos problemáticos que ofrece la regulación vigente se resolverían mejor, como ya

⁵ En estas últimas cuestiones se centra especialmente su contribución Revisión crítica, *passim*.

⁶ Véase POZUELO PÉREZ, L., Las penas privativas de derechos en el Código Penal, Madrid 1998, pp. 22-23, así como en las conclusiones de la p. 104: «...a favor de que son penas y no medidas de seguridad hay que invocar el hecho de que el legislador las ha incluido inequívocamente en el capítulo de las penas...» Insiste, por el contrario, GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, A. Las penas..., pp. 270 ss. en la necesaria interrelación entre los planos del ser y del deber ser, aunque tampoco cuestiona excesivamente, a lo largo de su monografía, la consideración legal de la inhabilitación profesional como pena.

⁷ Véase Grupo de Estudios de Política Criminal, Una propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución y a las medidas cautelares personales, Valencia 2005, pp. 33 ss. Ratifican su planteamiento en este punto en Precisión y actualización de las propuestas alternativas a la regulación vigente, Valencia 2016, pp. 157 ss. También la monografista GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, A., Las penas... (*passim*), insiste en las ventajas de estas penas en el ámbito de la criminalidad económica. Más escéptico al respecto se manifiesta, con buenos argumentos, FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., La inhabilitación profesional del delincuente económico-empresarial, en Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal, Madrid 2005, pp. 351-361.

propuso hace tiempo algún autor⁸, concibiendo la inhabilitación profesional sólo como medida, en la línea del modelo alemán. Y aunque nuestro objeto central de atención sea, como ya se ha repetido, la inhabilitación profesional, lo que a continuación exponemos podría extenderse a algunas otras penas «privativas de derechos»⁹.

IV. En efecto, desde la aprobación del vigente Código Penal de 1995, una de las cosas que llamaron poderosamente la atención a quienes se ocuparon –nos ocupamos– con la novedosa regulación de las medidas de seguridad, es la duplicación de mecanismos de respuesta al delito recogidos tanto en el catálogo de las penas privativas de derechos (art. 39), como en el de las medidas no privativas de libertad (art. 96.3). Nos hacíamos eco de ello en nuestra monografía dedicada a las medidas de seguridad, donde destacábamos también los problemas con que se enfrenta la aplicación del artículo 107 CP, específicamente destinado a la medida de «inhabilitación para el ejercicio de determinado derecho, profesión, oficio, industria o comercio, cargo o empleo u otras actividades»¹⁰.

Como apuntábamos entonces¹¹, la razón última de esta doble consideración, como penas y como medidas, de muchas de las incluidas en los respectivos catálogos a los que acabamos de hacer referencia, hay que buscarla en la opción del legislador de 1995, en la línea de algunas propuestas «neo-monistas» muy extendidas por entonces en nuestra doctrina penal¹², en el sentido de limitar la aplicación de las medidas a los sujetos inimputables o semiimputables. Además de ello, hay que recordar el debate suscitado por una serie de sentencias del Tribunal Constitucional, en los años anteriores a la aprobación del vigente Código Penal, que concluían, con argumentación muy cuestiona-

⁸ Véase, especialmente, MANZANARES SAMANIEGO, J. L., Las inhabilitaciones y suspensiones en el proyecto de Código penal, en ADPCP 1980, pp. 33-58 (especialmente, pp. 37 ss., con ulteriores referencias).

⁹ Sobre la enorme heterogeneidad de los supuestos que entran en la categoría «penas privativas de derechos», véase, por todos, GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, A. Las penas..., pp. 125 ss.

¹⁰ Véase SANZ MORÁN, A. J., Las medidas de seguridad y de corrección en el Derecho Penal, Valladolid 2003, pp. 233 ss. (en particular, sobre el art. 107 CP, pp. 267 ss.) Hemos vuelto con posterioridad en distintas ocasiones sobre los problemas sustantivos y procesales del derecho de medidas. Véase sólo la síntesis recogida en Las medidas de seguridad, en ROCA DE AGAPITO, L. (Dir.), Un sistema de sanciones penales para el siglo XXI, Valencia 2019, pp. 303-322.

¹¹ Véase SANZ MORÁN, A. J., Las medidas..., pp. 233 ss.

¹² No podemos volver aquí sobre el debate monismo/dualismo del sistema de sanciones penales, del cual nos hemos ocupado en anteriores contribuciones. Véase sólo, entre las más recientes, SANZ MORÁN, A. J. De nuevo sobre el monismo y dualismo en el Derecho penal, en Represión penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares, Cizur Menor (Navarra) 2018, pp. 251-269.

ble, que la imposición conjunta de penas y medidas de seguridad por unos mismos hechos conculcaba el principio *non bis in idem*¹³.

En relación a lo primero, ya hemos insistido sobradamente en la confusión que aqueja a buena parte de la doctrina española, a la hora de analizar el problema de si debe seguirse un modelo monista o dualista de respuesta al delito. Una vez más: el modelo «dualista» o «de doble vía» es el que contempla frente al delito una doble forma de reacción: penas y medidas de seguridad, sea cual sea la forma de relacionarse entre sí; de modo que el Código Penal vigente, desde un primer momento, al prever medidas de seguridad en lugar de la pena (inimputables), o junto a la pena (semiimputables), adopta un modelo de doble vía. Cuestión diversa, que abordaremos a continuación, es la de si resulta plausible la imposición de algunas medidas de seguridad a sujetos plenamente responsables.

Y, en relación a lo segundo, debemos insistir en que las sentencias del Tribunal Constitucional que se traen a colación en este contexto se apoyan en un modo de argumentación que, además de desconocer palmariamente el sentido del contraste entre monismo y dualismo, impedirían incluso –interpretadas literalmente– la imposición conjunta de penas y medidas de seguridad a los semiimputables, motivo por el que recibieron una crítica tan extendida.

V. Pero sucede, además, que la exclusión del recurso a las medidas de seguridad en el caso de sujetos plenamente responsables, ha sido superada ya, en nuestro derecho positivo, desde la introducción, en el año 2010, de la medida de libertad vigilada en su modalidad de medida post-penitenciaria. También sobre este particular nos hemos extendido en anteriores contribuciones¹⁴, por lo que reduciremos aquí la argumentación al mínimo imprescindible. Dejando ahora a un lado los múltiples problemas que suscita la vigente regulación legal de la medida de libertad vigilada –y de los que nos hacíamos eco en los mencionados trabajos–, lo cierto es que no existen obstáculos de fondo para que, con distinto fundamento y alcance, se impongan penas y medidas de seguridad conjuntamente al sujeto plenamente responsable, observando en cualquier caso los límites que impone el principio de proporcionalidad, sin que ello suponga mácula alguna del principio *non bis in idem*. Todo depende de la concreta plasmación legal.

¹³ En relación a estas sentencias (fundamentalmente, las SSTC– 23/1986, de 14 de febrero, 21/1987, de 19 de febrero y 187/1989, de 8 de junio), permítasenos remitir, críticamente, a SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas...*, pp. 149 ss.

¹⁴ Véase SANZ MORÁN, A. J., *La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político criminal*, en *Un Derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Valencia 2011, pp. 997-1028 y, más recientemente, *Una consecuencia jurídica no tan extraña: la libertad vigilada*, en *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*, Madrid 2020, pp. 587-601.

Y ello no es nuevo, ni aparece por vez primera con la introducción de la medida libertad vigilada en la reforma del año 2010. Como destacáramos ya en nuestra monografía sobre medidas de seguridad¹⁵, el Código Penal español preveía ya (en su art. 57) esta imposición conjunta de penas y medidas (no privativas de libertad) para sujetos plenamente responsables¹⁶: cuando contempla, como «pena accesoria», el denominado «alejamiento» (prohibiciones de aproximación o comunicación con la víctima), que, aunque recogido en el catálogo de las penas, materialmente es una auténtica medida de seguridad, orientada inequívocamente en interés inocuizador, y que mal puede denominarse «pena accesoria», cuando no depende de una principal, sino de la índole del delito cometido, excediendo además su duración normalmente a la de la pena privativa de libertad de la que se declara «accesoria»¹⁷. No sólo eso, sino que su imposición se apoya en «el peligro que el delincuente representa», como sucede con las medidas de seguridad.

De acuerdo con la profesora Pastor Muñoz, «aquella consecuencia penal (...) que no se pueda fundamentar como respuesta a un injusto (...) no debería denominarse jamás pena, sino medida de seguridad para imputables», lo que, de hecho «ya hace el legislador en el caso de la libertad vigilada». Y añade acertadamente esta autora que estamos ante un problema «mucho más viejo de lo que parece: ya las penas de inhabilitación añaden problemas semejantes: ¿por qué al funcionario que prevarica le inhabilitamos durante un período generoso para ejercer funciones públicas. Probablemente, ahí aparece ya un esquema semejante al de la libertad vigilada»¹⁸.

En definitiva, tanto los denominados «alejamientos» como ciertas «inhabilitaciones», o «prohibiciones», en cuanto mecanismos exclusivamente orientados a la prevención de futuros delitos, deberían considerarse sólo como medidas de seguridad, someterse los requisitos y límites de éstas e imponerse excepcionalmente junto a la pena (limitada en función del injusto y culpabilidad) si el sujeto activo es declarado penalmente responsable. Y ello sucede en algunos países de nuestro entorno. Es frecuente destacar, en

¹⁵ Véase SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas...*, pp. 235-236.

¹⁶ También VALEHE ÁLVAREZ, I. *La regulación de las penas accesorias en el Código Penal de 1995*, en ADPCP 2007, pp. 243-276, veía en el art. 57 CP una acumulación de pena y medida postpenitenciaria (p. 245)

¹⁷ Como nos recuerda POZUELO PÉREZ, L. *Las penas...*, p. 67 (y allí, la nota 137), ya el Código Penal español de 1928, primero, como es notorio, en incorporar las medidas de seguridad a nuestro derecho positivo, recogía al «alejamiento» entre las medidas. Cfr. también, al respecto, GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, A. *Las penas...*, pp. 86-87.

¹⁸ Véase PASTOR MUÑOZ, N. *Imputables peligrosos: reflexiones sobre la legitimidad de la reacción jurídico-penal frente a sujetos peligrosos autorresponsables*, en *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Madrid 2019, vol. 2, pp. 1477-1487 (lo entrecomillado en el texto, en pp. 1486-7).

lo que a la inhabilitación profesional se refiere, los casos alemán y portugués. Y también Javier de Vicente se ha hecho eco de ello de manera minuciosa, lo que nos dispensa de un análisis más detenido¹⁹. En concreto, el párrafo 70 del StGB²⁰ alemán prevé, únicamente dentro de la regulación de las medidas de seguridad, la inhabilitación profesional (*Berufsverbot*), tanto si el sujeto es imputable como si es inimputable; y otro tanto establece el artículo 100 del Código Penal portugués (*Interdição de actividades*). Pero también los artículos 67 y siguientes del Código Penal suizo recogen, dentro de las medidas de seguridad, tanto la prohibición de actividades –incidiendo, de manera particular, en las que impliquen a menores²¹–, como mecanismos de «alejamiento», próximos a los que nuestro Código recoge en el catálogo de las penas privativas de derechos. Por lo demás, la gran heterogeneidad de éstas, así como las notables diferencias en su regulación positiva, vienen impidiendo su armonización a nivel europeo²².

VI. La consideración de las inhabilitaciones sólo como medida de seguridad, pero impuesta también a sujetos plenamente responsables, además de resultar más acorde con su verdadera naturaleza jurídica y la finalidad prioritariamente inocuidadora que con ellas se persigue²³, permitiría dar una solución más razonable a algunos de los problemas que suscita la actual regulación.

La doble consideración, en nuestro código Penal, de la inhabilitación profesional resulta altamente problemática. Considerarla una específica medida de seguridad sólo para inimputables, como hace el artículo 107 CP, resulta discutible, aunque sólo sea por esa exigencia de «abuso del ejercicio» de la

¹⁹ Cfr. el estudio del párrafo 70 (y concordantes) del StGB alemán, así como del art. 100 del Código Penal portugués, en *La pena...*, pp. 153 ss.; *Revisión crítica...*, pp. 52-53 y *La relación...*, pp. 1467 ss.

²⁰ Cabe destacar, por lo demás, que, en el contexto de la reforma de la parte general del Código Penal alemán, llevada a cabo, como es notorio, de una manera tan meticulosa, hubo acuerdo sustancial –más allá de algún matiz en la concreta regulación– en la consideración de esta inhabilitación profesional solamente como medida, como se desprende de la comparación del Proyecto oficial de 1962 y el Proyecto Alternativo de 1966. Véase *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil, Tübingen 1966*, pp. 146-149; al fundamentar el párrafo 78 de este Proyecto Alternativo, donde se regula la medida de inhabilitación profesional, leemos (p. 147), que no se ofrece una separación significativa en relación al texto del Proyecto oficial, sino sólo una simplificación técnico legislativa.

²¹ Para el problema general de las inhabilitaciones para profesiones que supongan actividad con menores, véase GARCÍA MOSQUERA, M. *Nuevas perspectivas de la pena de inhabilitación profesional orientada a la protección de menores*, en CPC 129 (2019), pp. 109-151, quien, por cierto, destaca la atención prioritaria de esta pena a salir al paso de la peligrosidad del autor «en una clara aproximación a la naturaleza propia de las medidas de seguridad» (p. 149).

²² Véase, al respecto, GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, A. *Las penas...*, pp. 246 ss. y VILLACAMPA ESTIARTE, C. *Las penas de inhabilitación en la Unión Europea: regulación comparada y proceso de armonización*, en Tamarit Sumalla, J. (Coord.), *Las sanciones penales en Europa*, Cizur Menor (Navarra) 2009, pp. 251-300.

²³ Insistiendo en esta finalidad inocuidadora, por todos, DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M. *Cuando la pena accesoria de inhabilitación especial requiere relación directa con el delito cometido del art. 56.1.3 del Código penal*, en CPC 112 (2014), pp. 137-193 (por ejemplo, en p. 143)

profesión por alguien que, «al tiempo de cometer la infracción penal», es incapaz de «comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión» (art. 107, en conexión con los tres primeros números del artículo 20 CP)²⁴. Pero sucede, además, que su contenido coincide con el de la pena homónima. Ahora bien, su consideración exclusivamente como pena supondría, como en el caso del alejamiento, asignarle cometidos (el control de la peligrosidad del sujeto) que difícilmente está en condiciones de cumplir.

En último término –ha insistido en ello Frisch, uno de los mayores especialistas en el derecho de medidas–, tras el problema de la relación entre penas y medidas se oculta la cuestión central de la forma de realización más adecuada de la prevención especial, por lo que habrá que plantear si la realización de la prevención especial por la vía de las medidas no trae consigo ventajas que con la solución penal se perderían; o, expresado en otros términos, si la pena está en condiciones de asumir con carácter exclusivo todas las exigencias derivadas de la prevención especial²⁵. De ahí la oportunidad de recurrir a la inhabilitación profesional (o al «alejamiento»), en cuanto medida de seguridad, junto a la correspondiente pena adecuada al injusto y culpabilidad del hecho delictivo realizado²⁶.

Veamos, siquiera sea de manera somera y provisional, las ventajas de aplicar estos presupuestos al ámbito que ahora nos ocupa, haciendo abstracción, a estos efectos, de los problemas, no coincidentes, que presenta la inhabilitación profesional cuando se impone como pena principal y como pena accesoria²⁷.

Dado que la función prioritaria que cumplen estas penas tiene carácter inocuidador, atiende mejor a esa finalidad su consideración como medidas²⁸. En primer lugar, porque, frente al problema, recurrentemente analizado, de su imposición obligatoria, sólo cabría acudir a la medida de inhabilitación profe-

²⁴ Más información en SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas...*, pp. 267 ss.

²⁵ Véase FRISCH, W. *Die Massregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgen-system*, en *ZStW* 102 (1990), pp. 343-393 (pp. 357 ss.).

²⁶ Recuérdese que cuando la inhabilitación profesional se impone como pena principal, normalmente no es de forma exclusiva, sino acompañando a una pena de otra clase (prisión o multa, normalmente).

²⁷ Tanto en los mencionados trabajos (nota 1) de JAVIER DE VICENTE REMESAL, como en la monografía, también reiteradamente citada ya (nota 2), de Ana GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, se separan, para su análisis crítico, estas dos variantes legales en la imposición de la pena de inhabilitación profesional. En cualquier caso, las críticas se centran, sobre todo –y con razón–, en su previsión como penas accesorias. Véase ya, por todos, con gran claridad, VALEIJE ÁLVAREZ, I. *La regulación...*, ADPCP 2007, abogando, *de lege ferenda*, por la desaparición de estas penas accesorias (pp. 277 ss.).

²⁸ Parece también reconocerlo así DE VICENTE REMESAL, J. *La relación...*, *Est. Pen. Homen.-Lorenzo Salgado*, 2021, p. 1481: «cuando la inhabilitación profesional se considera pena en lugar de medida de seguridad, dicho carácter (...) origina ciertas dificultades desde esta perspectiva de la intimidación especial» (p. 1481). Ya antes, en el mismo sentido, *La pena de inhabilitación profesional...*, CPC 113 (2014), p. 79.

sional, de manera siempre potestativa, si se da el presupuesto básico de toda medida de seguridad: el pronóstico de reiteración delictiva en caso de proseguir con la actividad profesional que propició el delito realizado. Se saldría así al paso de una de las críticas fundamentales al modelo regulativo actual: el recurso, por parte del legislador, a presunciones *iuris et de iure* de peligrosidad criminal. Lo expresa, de manera muy clara, la profesora Gutiérrez Castañeda –aunque, a mi modo de ver, no extraiga de ello las debidas consecuencias–, cuando señala que la imposición de estas penas no responde «a una valoración individualizada», que en atención «a las características de la conducta, del sujeto responsable y a la incidencia que el ejercicio del derecho, cargo o actividad de que se trate ha tenido en la comisión del delito, tratara de determinar la existencia e intensidad de un riesgo de reiteración delictiva específica», sino que se sustituye esta valoración «por una suerte de presunción absoluta, en cuya virtud, quien se ha servido una vez de un derecho, cargo o actividad para la comisión de un delito es susceptible de volverlo a hacer»²⁹.

Por lo demás, la exigencia de un adecuado pronóstico de peligrosidad criminal para la imposición (junto a la pena de prisión o multa) de esta medida de seguridad, permitiría también resolver mejor otro de los problemas recurrentes cuando se analiza la pena de inhabilitación profesional: su relación con el delito cometido (y con los de previsible comisión). Y lo mismo cabe decir del reiterado problema del carácter desigual que supone la imposición, de manera general –esto es, sin atender a su destinatario– de las actuales penas de inhabilitación profesional.

También se respondería de manera razonable a las exigencias de proporcionalidad, cuyo cumplimiento –especialmente en el caso de su imposición como penas accesorias– dista de verse satisfecho con la regulación vigente³⁰. Eso sí, habría que revisar, como venimos reclamando, el modo en que se concreta este principio en el ámbito de las medidas, desligándolo del correspondiente a la pena prevista para el delito cometido y atendiendo a la propia índole de la medida en cuestión. En el caso de las inhabilitaciones profesionales, bastaría con una regla paralela a la del actual artículo 107 CP, que fija un límite máximo de cinco años.

²⁹ Véase GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, A., *Las penas privativas de derechos ...*, 2012, p. 460. Ya antes, en el mismo sentido, VALEIJE ÁLVAREZ, I., ADPCP 2007, denuncia la existencia aquí de una presunción *iuris et de iure*, «según la cual, quien ha abusado una vez de su profesión, continuará haciéndolo» (p. 268)

³⁰ Conviene recordar, en este contexto, que la «necesidad» de la medida forma parte del juicio de proporcionalidad en sentido amplio y, a la hora de valorar si la medida es necesaria, conviene tener presente la posible existencia de una sanción disciplinaria concurrente. Véase, e este respecto, FERNÁNDEZ PANTOJA, P. *La inhabilitación especial...*, en Morillas Cueva (Dir.), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad ... del médico*, 2009, pp. 266 ss.

Bien entendido que no hablamos aquí de un período de tiempo de inexorable cumplimiento, sino de un plazo máximo. De nuevo el modelo de la inhabilitación profesional como medida se manifiesta, a este respecto, más adecuado, por la gran flexibilidad que introducen en la ejecución de las medidas de seguridad los mecanismos previstos en los artículos 97 y 98 CP. Baste recordar que, de acuerdo con ellos, la medida debe cesar en cuanto desaparece la peligrosidad que exigió su imposición y puede, en cualquier momento, sustituirse por otra. Por lo demás –lo hemos recordado en diversas contribuciones–, también estos preceptos están necesitados de distintas mejoras técnicas, en cuyo detalle no podemos ahora detenernos. Y, entre ellas, debería preverse, como lo hacen algunos modelos legales, un régimen específico de suspensión condicional de la ejecución de la medida, que obviara los problemas que al respecto se plantean en su actual configuración como pena³¹.

Baste, por ahora, con estas consideraciones de carácter general que, obviamente, deberían desarrollarse en términos que no nos permitan los límites impuestos a esta contribución³².

VII. En uno de los trabajos de Javier de Vicente, que nos están sirviendo aquí de hilo conductor, entiende éste que requeriría un «estudio a fondo» el problema –entre otros– de «si la inhabilitación profesional no debería contemplarse como pena, sino al igual que en parágrafo 70 StGB como medida de seguridad»³³. Obviamente, nuestra modesta aportación dista de ser ese «estudio a fondo», pero pretende, al menos, presentar argumentos para el debate. Siendo conscientes de que propuestas semejantes, como la de Manzanares antes recordada, no tuvieron en su momento el eco que merecían, entendemos, sin embargo, que una correcta comprensión de lo que significa un modelo dualista de respuesta al delito, en los términos que venimos exponiendo hace años –y que aquí no podemos reiterar–, permitiría convertir a las inhabilitaciones profesionales en puras medidas de seguridad, sometidas a sus criterios de aplicación y acumulables, en su caso, a la pena adecuada al injusto y culpabilidad del delito cometido abusando de la actividad profesional correspondiente, dando así mejor respuesta a algunos de los problemas que suscita la regulación vigente. Y creemos que la situación ahora es más favorable para discutir un planteamiento como el que aquí se apunta, al haberse roto, con la medida

³¹ Viene insistiendo nuestro homenajeado en este problema de la suspensión condicional de la pena de inhabilitación profesional. Por ejemplo, en *La pena de inhabilitación profesional...*, CPC 113 (2014), pp. 92 ss.

³² Ulteriores argumentos en favor de la consideración de las inhabilitaciones profesionales como medidas de seguridad, nos ofrece GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, A., *Las penas privativas de derechos ...*, 2012, p. 406 (y allí, la nota 662).

³³ Véase DE VICENTE REMESAL, J., *Revisión crítica...*, RP 39 (2017), p. 58.

de libertad vigilada, la idea –tan arraigada cuando se aprobó el Código Penal– de que en ningún caso podría aplicarse una medida de seguridad a un sujeto penalmente responsable.

Lo expuesto es, en cualquier caso, un mero apunte, como reza el título. Expuesto, eso sí, con el mayor afecto y admiración para con Javier de Vicente, de cuyos conocimientos y amistad espero seguir disfrutando muchos años.

CAPÍTULO LI

REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE EL RÉGIMEN DE CUMPLIMIENTO DE PENAS ACCESORIAS CON OTRAS PENAS PRINCIPALES DE INHABILITACIÓN

INMA VALEIJE ÁLVAREZ

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Santiago de Compostela

Las penas de inhabilitación han sido objeto de la atención del Profesor Javier de Vicente Remesal en distintos momentos de su carrera académica. Con estas líneas deseo sumarme al merecido homenaje que quieren rendirle sus discípulos y toda su Escuela, como muestra de mi afecto y reconocimiento por los años compartidos en el Área de Derecho Penal de la Universidad de Vigo.

I. EL DESPLAZAMIENTO DE LAS PENAS ACCESORIAS POR LA PRESENCIA DE PENA PRINCIPAL DE LA MISMA NATURALEZA

En general, las penas accesorias descritas en los artículos 54, 55 y 56 del CP son de carácter preceptivo siempre que se den los presupuestos allí establecidos, el primero que concurra una pena de prisión. Esta obligatoriedad se desprende de los términos empleados por el legislador en los artículos 54 a 56 («llevarán consigo» e «impondrán»), por lo que jueces y tribunales están obligados a imponerlas cuando concurra de entrada la imposición de la pena de prisión. Según dispone el artículo 33.6 su duración viene supeditada a la de la concreta pena principal de prisión impuesta, y no a la naturaleza o gravedad del delito. También son accesorias en función de su ubicación sistemática las previstas en el artículo 57, si bien son denominadas penas accesorias impropias

(prohibiciones previstas en el artículo 48 CP) porque su imposición no es automática, sino que viene anudada a una categoría determinada de delitos y su duración está determinada por criterios dosimétricos específicos que deben tener en cuenta la gravedad de los hechos o el peligro que el delincuente represente. Solo en el supuesto previsto en el artículo 57.2, la pena accesoria impropia consistente en la prohibición de aproximación prevista en el artículo 48.2 deberá acordarse en todo caso.

La norma general es que la excepción a la imposición preceptiva de las penas accesorias propias viene dada por el supuesto de que estas penas ya estuvieran previstas para el concreto delito de que se trate. El artículo 54 de forma general establece que las penas de inhabilitación son accesorias en los casos en que el legislador no venga imponiéndolas especialmente. Su excepción, por lo tanto, se advierte con carácter general cuando la ley establece que otras penas principales las llevan consigo. Más específicamente, se reitera esta excepción en el artículo 55 *in fine* respecto a la inhabilitación absoluta para los casos en que la pena principal impuesta sea igual o superior a diez años de prisión. La incompatibilidad prevista en principio para la inhabilitación absoluta parece que debiera extenderse a las restantes accesorias dispuestas en el mismo artículo, en vista de la declaración general que hace el artículo 54, pero lo cierto es que nada se dice con respecto a la accesoria de privación o inhabilitación especial para patria potestad, y otras relaciones tutelares, salvo la restricción a su preceptiva imposición judicial que «aquellos derechos hubieran tenido relación con el delito cometido»¹.

El desplazamiento de la accesoria por la presencia de la principal de la misma naturaleza y efectos, parece razonable si se atiende al principio de especialidad puesto que, si la misma pena está prevista en un determinado tipo penal como principal es porque el legislador ha realizado una valoración específica del hecho y la consecuencia jurídica que se merece, de ahí nace la opinión compartida de que las penas accesorias son incompatibles con las penas principales que tengan idéntica naturaleza y que es imposible imponer una accesoria más grave en atención al periodo que dure la pena de prisión cuando la misma inhabilitación ya está prevista como principal en el mismo delito y hay coincidencia en la afectación del derecho concreto².

¹ VALEIJE ÁLVAREZ, I., Las penas de privación e inhabilitación de patria potestad desde la jurisprudencia del TEDH, en Libro Homenaje al Prof. José Manuel Lorenzo Salgado. Abel Souto, M./ Brage Cendán, S./ Martínez-Buján Pérez, C./Vázquez-Portomeñe Seijas, F. (coords.). Tirant Lo Blanch 2021, pp. 1391-1408.

² Expresamente, BAUCELLS I LLADÓS, J., Cap. I, De las penas, sus clases y sus efectos, «Art. 46» en Comentarios al Código Penal. Parte General, Córdoba Roda, J. /García Arán, M. (coords.), Marcial Pons, Madrid 2011, pp. 557-558; también, apoyándose en el principio de especialidad, DOMÍNGUEZ IZQUIERDO,

No obstante, se ha llamado la atención sobre el hecho de que la valoración y distribución que realiza el legislador en la Parte Especial del Código sobre las penas principales homólogas no siempre es coherente y que es posible encontrar delitos con penas principales de inhabilitación que presentan un tratamiento más benévolo del que les correspondería a tenor del artículo 55, por la aplicación de la misma en condición de accesoria que, partiendo de la existencia de la previsión de la pena principal de prisión, debiera entrar en juego si el tipo penal no la hubiera mencionado expresamente. Y a tal efecto cuestionando esa disfunción valorativa se han ido apuntando diversos ejemplos sobre las diferentes consecuencias penológicas que se derivarían de la misma figura delictiva, dependiendo de que la pena privativa de derechos fuera principal o pudiera entrar en juego como accesoria³. Debe tenerse presente que esta especial benevolencia punitiva, resultado del desplazamiento de la accesoria por la presencia de una homóloga pena privativa principal, se manifiesta fundamentalmente y, a salvo de lo que diremos a continuación, con las penas de inhabilitación absoluta.

Por otra parte, también se ha defendido que esta incompatibilidad dispuesta para la accesoriad de la inhabilitación absoluta con su homóloga principal, aun cuando su extensión pudiera resultar superior, debiera extenderse por principio a la que resulte de su aplicación como pena principal a otras modalidades de accesorias con respecto a penas principales que, por su contenido y efectos producen aquellas consecuencias jurídicas o unas muy próximas, esto sucedería con las inhabilitaciones especiales para empleo o cargo público, profesiones etc. o la misma suspensión de funciones como accesoria para idéntico delito⁴.

Este desplazamiento, en principio no resultaba extraño a la propia naturaleza jurídica de las accesorias, porque si bien el artículo 56 no contempla una regla similar a la establecida en el art. 55, según la cual en las penas de prisión de diez años la inhabilitación absoluta no se impondrá si que ya estuviere pre-

E. M., Cuando la pena accesoria de inhabilitación especial requiere relación directa con el delito cometido, en Cuadernos de Política Criminal, 112/2014, pp. 147-148. También con arreglo a la primera redacción del artículo 56, VALLDECABRES ORTIZ, I., De las penas accesorias, en Comentarios al Código penal de 1995. Vives Antón T. S. (coord.), Vol. I. Tirant Lo Blanch, Valencia 1996. GARCÍA ALBERO, R., artículos 54, 55 y 56, en Comentarios al Nuevo Código Penal. Quintero Olivares, G./Valle Muñoz, J. M. (dirs.), (1.ª ed.), Aranzadi, Pamplona 1996, p. 372; PUENTE ABA, L. M., La pena de inhabilitación absoluta. Comares, Granada 2012, p. 145; FUENTES OSORIO, J. L., Simultáneas y acumuladas. La determinación de penas de las personas jurídicas en concurso de delitos, en Cuadernos de Política Criminal, 138, 2022, pp. 67-96.

³ TRAPERO BARREALES, M., Las penas accesorias: algunas consideraciones generales, en Persuadir y razonar. Estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín. Tomo II. Gómez-Jara Díez, C./Maza Martín J. M. (coords.), Thomson Reuters–Aranzadi, Pamplona, 2018, p. 706.

⁴ Vid. TRAPERO BARREALES, M., Las penas accesorias: algunas consideraciones generales, op. cit., p. 696.

vista como pena principal en el supuesto de que se trate, la imposibilidad de imponer accesorias más graves o de la misma naturaleza cuando están previstas en la Parte Especial del CP deriva del propio tenor del artículo 54, al señalar que las inhabilitaciones son accesorias en los casos en que no imponiéndolas especialmente la ley declara que otras las llevan consigo. Es más, esta incompatibilidad dispuesta expresamente para el caso más grave del artículo 55, debería ser aplicable al resto, porque de lo contrario pudieran ser más gravosas las accesorias a prisión inferior a diez años. Como señala Mapelli Caffarena si para los casos más graves de accesoriedad (art. 55) hay un desplazamiento de la accesoria, con más razón debe suceder en las inferiores a diez años⁵. Y esta era la opinión mayoritaria de la doctrina que, en materia de la posible compatibilidad cuando concurrían idénticas penas como principales, ya venía resolviendo con arreglo al principio *nen bis in ídem* y, en consecuencia, ante la prevalencia de la pena principal debía entenderse suprimida la accesoria. Por el contrario, si no eran idénticas no operaría la proscripción.

Sin embargo, esta incompatibilidad entre accesorias y homólogas principales en parte se quebró por primera vez con la reforma penal por LO 15/2003, de 25 de noviembre que introduce cambios fundamentales en el régimen de la accesoriedad. Además de permitir la imposición de más de una de las contempladas en el artículo 56, añade un último inciso al artículo 56.3 advirtiendo que las accesorias allí previstas se impondrán «sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el art. 579». Curiosamente, la excepción se hace con respecto a las penas contempladas en el artículo 579 (actualmente artículo 579 bis tras la redacción dada por la LO 1/2015 de reforma del Código) que en aquella redacción era la inhabilitación absoluta y no una modalidad de inhabilitación especial que es la que describe el artículo 56⁶. La introducción misma de esta excepción llama la atención porque refuerza la imposición cumulativa de varias accesorias, la que prevé específicamente la ley penal al regular la respuesta punitiva al delito que define y sanciona (como es el caso de la inhabilitación absoluta dispuesta en el art. 579 bis para los artículos 571 a 580 en materia de terrorismo), la que pudiera corresponder por el artículo 56..3.^a (cargos o empleos públicos, profesión, oficio, industria, comercio, o cualquier otro derecho, si estos hubieran tenido relación directa con el delito cometido), y la preceptiva inhabilitación privación del derecho de sufragio pasivo, que ya formaba parte del contenido de la propia inhabilitación absoluta (art. 41).

⁵ MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito* (5.ª ed.), Civitas-Thomson, Madrid 2011, p. 312.

⁶ Con la Reforma por LO 1/2015 se modifica el art. 579 cuyo contenido pasa a recoger el art. 579 bis (pese a que el actual art. 56 mantiene la remisión al antiguo art. 579).

Tras la reforma penal por LO 1/2015, el artículo 579 bis, a los condenados por los delitos de terrorismo castigados en el Capítulo VIII del Libro XXII del Código penal vigente (entre los que se encuentran el delito de enaltecimiento y humillación a las víctimas) podrán imponérseles junto con las penas de prisión, la de inhabilitación absoluta durante un mínimo de seis años y la inhabilitación especial para profesión u oficio en el ámbito docente, deportivo o tiempo libre por un máximo de veinte años después de cumplidas las penas de prisión.

Dejando de lado, la privación del derecho de sufragio pasivo y su compatibilidad o no con idéntica sanción impuesta en calidad de pena principal en algunos delitos contra la Administración Pública (Título XIX), lo cierto es que es dada la proliferación de nuevas modalidades de penas de inhabilitación tanto en sede de accesoria como en la Parte Especial del Código, producto de las sucesivas reformas penales, se ha abierto la hipotética posibilidad de acumulación de varias penas de inhabilitación (sean accesorias o principales), conjuntamente con las prohibiciones del artículo 57 en relación a un mismo delito o a varios si se trata de una relación concursal, no solo en relación a los delitos de terrorismo, sino también a otros delitos, lo que puede dar lugar a una pluralidad de castigos ligados a diferentes facetas o derechos presentes en la comisión del delito o a condiciones personales del acusado. Esto nos lleva a una reflexión y es que las penas accesorias a penas inferiores a diez años, incluso en sus umbrales más bajos de pena pueden ser paradójicamente mucho más graves que las que acompañan a las penas de prisión superior a diez años, ya que allí solo se establece la inhabilitación absoluta referida a empleos y a cargos públicos, mientras que la inhabilitación especial se extiende a profesiones, oficios, industria comercio, derechos de patria potestad y otras relaciones tutelares, o cualquier otro derecho, esto es, derechos diversos cuyas privaciones son compatibles con otras impuestas en la misma sentencia en calidad de principales.

Este endurecimiento punitivo que viene de la mano del aumento de las penas de inhabilitación y, en general, de las penas privativas de derechos en el actual texto penal acompañando a las de prisión, no se produce solo por el incremento del número de respuestas incapacitantes o prohibiciones que puede recibir una persona condenada por un mismo delito o por una relación concursal de delitos, sino que se aprecia especialmente en la fase de ejecución de esta modalidad de penas. Es conocido que la accesoria sigue a la principal en todos sus accidentes, en su período temporal de ejecución, pero respecto a las inhabilitaciones en su calidad de principal, su modalidad de cumplimiento no está exenta de cierta oscuridad y nos interroga sobre sí puede ser o no simultáneo con la pena de prisión y con su accesoria correspondiente.

No tendría sentido, desde el punto de vista de la proporcionalidad, que se produjese un cumplimiento sucesivo de las diferentes consecuencias inhabilitantes cuando existe la posibilidad de su cumplimiento simultáneo y dentro del mismo marco temporal, y de ser varias por el orden correspondiente a la pena principal de mayor gravedad y duración⁷. Sin embargo, este proceder no deja de ser una opinión doctrinal más o menos razonable pero que se distancia de la praxis aplicativa ya que las modalidades de ejecución de este tipo de penas y sus relaciones combinatorias con sus homologas accesorias está rodeada de una gran incertidumbre y, frecuentemente, queda encomendada a la discrecionalidad judicial. La ejecución de esta parte dispositiva de la sentencia queda reservada a la fase de ejecución de la condena y no disponemos de abundantes fuentes jurisprudenciales donde podamos hacernos idea de sí existe o no una doctrina consolidada por parte del Tribunal Supremo en materia de ejecución de penas privativas de derechos⁸. Como acertadamente, pone de relieve Fernández Aparicio, los diferentes pronunciamientos judiciales en materia de ejecución de penas privativas de derechos adoptan la forma de Auto, ya que se trata de un incidente de ejecución de la sentencia y, precisamente, por tratarse de Autos suponen una dificultad añadida ya que son menos conocidos que las sentencias porque no se suelen incluir en los repertorios judiciales al uso. A ello se une, las dificultades del propio texto penal, cuyas normas son ambiguas cuando no propiciatorias de auténticas lagunas jurídicas.

Y si bien hay precedentes de la preferencia por el cumplimiento simultáneo, en los últimos años y como símbolo de endurecimiento de las penas el TS postula interpretaciones diversas a las defendidas por la doctrina y apuesta por el cumplimiento sucesivo, que no simultáneo de penas privativas de derechos impuestas como pena principal. Como ejemplo, cabe citar la STS núm. 615/2017

⁷ Se ha defendido que cabrá cumplimiento coetáneo en la medida de que los derechos no coincidan en su contenido y que, por el contrario, no pueden cumplirse conjuntamente dos penas temporales privativas de los mismos derechos. Al respecto, Casabó Ruiz defendía que podían cumplirse simultáneamente las penas de inhabilitación absoluta y la de inhabilitación especial para profesión u oficio, la inhabilitación especial para cargo público con la inhabilitación especial para profesión u oficio, la inhabilitación especial para determinado cargo con lo concerniente a otro y la inhabilitación especial para una cierta profesión u oficio con lo referente a otra u otro. Pero no podrán cumplirse simultáneamente más de una inhabilitación absoluta; una absoluta y una especial para cargo público o derecho de sufragio, ni cualquiera de las dos con las de suspensión de cargo comprendido en las mismas (CASABÓ RUIZ, J. R., Comentarios al Código penal, en Córdoba Roda. J. /Rodríguez Mourullo, G., Tomo II, Ariel, Barcelona, p. 165). En sentido contrario, González Cussac defiende la postura del posible cumplimiento coetáneo de más de una pena de inhabilitación absoluta y así en todas; la inhabilitación absoluta con la especial para cargo público o derecho de sufragio. Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., Sección 2.ª Reglas especiales para aplicación de las penas, en Comentarios al Código penal de 1995. Vives Antón, T. S. (coord.) Vol. I. Tirant lo Blanch, Valencia 1996, p. 73.

⁸ FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., Problemas prácticos en la ejecución de penas no privativas de libertad, en *Práctica Penal, La Ley Penal*, 103, La Ley, 2013.

de 14 de septiembre (ECLI: ES: TS:2017:3244) en un recurso contra el Auto dictado en ejecutoria de la SAN núm. 22/2011 de 16 de septiembre (ECLI: ES: AN:2011:3887). El TS retomando el precedente sentado en la STS núm. 1194/1999 de 14 de julio, decide que el inicio del cumplimiento de la accesoria coincide con el inicio de cumplimiento de la pena privativa de libertad, y que la inhabilitación especial empezaría a cumplirse en la fecha de la extinción de la accesoria: en consecuencia, que el cumplimiento de la pena privativa de derechos impuesta como pena principal ha de realizarse sucesivamente a la ejecución de la pena privativa de libertad en la misma sentencia⁹.

La sentencia comentada no se limita a sostener la imposibilidad del cumplimiento simultáneo de dos penas de inhabilitación temporales, sino que va más allá defendiendo incluso la incompatibilidad del cumplimiento simultáneo de una accesoria y una principal aun cuando en el caso concreto la inhabilitación especial para cargo público y la privación para sufragio activo coincidieran en sus efectos (cargo de diputado), pues la pena privativa de derechos impuesta como principal, tiene que tener un contenido propio, y su cumplimiento ha de realizarse sucesivamente a la ejecución de la otra pena privativa de libertad lo que se corresponde proporcionalmente con el injusto típico.

II. SOBRE EL CUMPLIMIENTO SIMULTÁNEO DE PENAS DE PRISIÓN Y PENAS DE INHABILITACIÓN.

La cuestión de las normas de ejecución de la pena no es un mero tema de técnica jurídica, al contrario, es uno de los momentos cumbre de la ejecución positiva de la política criminal, lleno de complejidad y dónde se produce una grave tensión entre la proporcionalidad, la prevención general y especial y la racionalidad de los castigos y donde también está en juego el principio de legalidad de las penas en su manifestación de seguridad jurídica y previsibilidad del castigo.

Es en esta sede de ejecución de las penas, ante la parquedad del CP, donde se plantean muchos temas importantes y que generan una importante inseguridad jurídica. Todo cuanto sabemos sobre la ejecución de las penas, desde el aspecto sustantivo, viene dado por lo establecido en la Sección II del Capí-

⁹ Esta sentencia fue anulada en aplicación de la STEDH *Caso Otegui Mondragón* y otros contra España de 6 de noviembre de 2018 (TEDH 2018/95), (ECLI: CE: ECHR:2018:1106JUD005539113) estimó que las resoluciones judiciales en las que se condenó de las que trae causa la liquidación de condena controvertida habían vulnerado el art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en su vertiente de derecho a un juez imparcial.

tulo II del Título III del Libro I que contienen lo que se denomina «Reglas especiales para la aplicación de las penas», que no son otra cosa en su mayoría que preceptos concursales. Dejando de lado los supuestos de concurso medial, ideal y delito continuado, el sistema, en lo concerniente a las penas, en caso de concurso real, parte de dos reglas:

a. Principio de un cumplimiento simultáneo, siempre que fuera posible por su naturaleza y efectos (art. 73).

b. Principio de cumplimiento sucesivo, sino resultará factible el cumplimiento simultáneo. Adicionando las siguientes reglas complementarias:

– Tratándose de penas homogéneas, el artículo 76 introduce una excepción de reducción conforme a reglas de derecho a través del máximo de cumplimiento, denominada refundición jurídica o acumulación de penas.

– Cuando se trata de prisión, se introduce la posibilidad facultativa o imperativa de aplicación del llamado el régimen especial de cumplimiento (arts. 78 y 78 bis).

– Cuando se trata de penas de prisión sino es aplicable el máximo de cumplimiento, el artículo 75 cede a favor de la figura de refundición material prevista en el artículo 193 del Reglamento Penitenciario¹⁰.

Entre estos artículos el artículo 73 cumple una función de especial relieve. Por un lado, afirma que al responsable de dos o más delitos se les impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones y, por otra, que su cumplimiento será simultáneo si fuera posible por la naturaleza y efectos de las mismas.

Ahora bien, no existe ningún precepto en el Código penal que establezca qué penas pueden ser cumplidas sucesivamente y cuáles deben ser cumplidas simultáneamente y, por consiguiente, acumulables. El legislador ha despachado una cuestión práctica con la concisa referencia a la naturaleza y efectos de las penas. En ausencia de una norma que lo precise, la propia determinación de qué penas no pueden ser cumplidas simultáneamente y por tanto susceptibles de ser acumuladas resulta controvertida y queda a la discrecionalidad judicial que postula interpretaciones diversas¹¹. Si por naturaleza se identifica con

¹⁰ Art. 193 del Reglamento penitenciario: «2.ª Cuando el penado sufra dos o más condenas de privación de libertad, la suma de las mismas será considerada como una sola condena a efectos de aplicación de la libertad condicional».

¹¹ Vid. VARONA JIMÉNEZ, A., Tratamiento procesal y sustantivo de la acumulación jurídica de penas. (2.ª ed.) Tirant Lo Blanch, Valencia 2022, p. 99. Más recientemente, del mismo autor, Las penas privativas de derechos: una pena acumulable. En Revista General de Derecho Procesal 57 (2022). GÓMEZ CONESA, A.: Las penas de prisión no susceptibles de acumulación jurídica, en Las penas perpetuas, Rodríguez

identidad de contenidos es posible la simultaneidad, y lo mismo puede decirse de los efectos. Si la prisión de más de diez años va acompañada de una pena de inhabilitación absoluta o la de menos duración puede ir acompañada de una o varias inhabilitaciones especiales con una duración subordinada a la principal es que el mismo legislador admite su cumplimiento simultáneo y que no hay incompatibilidad ni pérdida de contenido aflictivo. Si eso sucede en el ámbito de las accesorias, no se entiende porque en el caso de otras penas principales de inhabilitación deben cumplirse en un orden secuencial por ser incompatibles por sus efectos. El cumplimiento sucesivo puede representar tiempos extremadamente prolongados en el estatus penal del condenado.

Es obvio que las únicas penas que no pueden cumplirse simultáneamente son las penas temporales que tienen idéntico contenido aflictivo, es decir, que restrinjan o priven del mismo derecho. En el resto de los supuestos, la concurrencia plural de penas privativas de derechos, ya provengan todas del mismo o de varios delitos, o bien porque concurren con idéntico contenido de penas, algunas que son accesorias de otras principales, el resto deben ser objeto de cumplimiento simultáneo¹². Al ser de idéntico contenido será más grave la que dure más. En definitiva, las penas privativas de libertad son compatibles con las penas privativas de derechos.

Solo cuando tienen idéntico contenido y ejecución temporal debieran ser de cumplimiento sucesivo. Prolongar la amenaza de pena más allá de sus topes naturales debido al cumplimiento secuencial implica, a veces, que el condenado mantenga esta condición, incluso cuando el delito ha prescrito, como señalan Mapelli Caffarena/Fernández Arévalo. Igualmente que, las necesidades preventivas generales y especiales van debilitándose en el tiempo y las últimas penas ejecutadas en esa cadena sucesiva carecen de todo fundamento preventivo ya que la eficacia de una pena se asocia a su pronto cumplimiento.

III. SOBRE LA ACUMULACIÓN JURÍDICA DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE DERECHOS

Si la naturaleza y los efectos de las penas impiden su ejecución simultánea solo queda activar el principio de acumulación previsto en el ar-

Yagüe, C. (Dir.) Tirant Lo Blanch . Valencia 2023, pp. 513-530. En relación con las penas previstas para personas jurídicas, vid. FUENTES OSORIO, J. L.: Simultáneas y acumuladas. La determinación de penas de las personas jurídicas en concurso de delitos, op. cit., pp. 67-96.

¹² MAPELLI CAFFARENA, B./ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., Una propuesta concurrente de reforma de los artículos 73, 75 y 134 CP, Actualidad Jurídica Aranzadi, 803/2010. Comentario Editorial Aranzadi. Cizur Menor 2010.

título 76. Siempre que se cumplan las condiciones tempo procesales previstas en la norma que permitan trazar una posibilidad mínimamente razonable de enjuiciamiento conjunto debe activarse una limitación penológica para corregir los excesos punitivos que pudieran resultar de la aplicación estricta del modelo de acumulación matemática y cumplimiento sucesivo que se establece en los artículos 73 y 76 del CP. Pero, tampoco existe ningún precepto en el Código penal que establezca con claridad qué penas en caso de cumplimiento sucesivo pueden ser acumulables.

La mera acumulación material de las penas resulta incompatible con cualquier finalidad de la pena, especialmente con la orientación resocializadora que proclama el artículo 25 CE, y con la prohibición de penas incompatibles (por inhumanas o degradantes) con respecto al principio de la dignidad humana (arts. 10 y 15 CE). Sin embargo, es doctrina consolidada de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que solamente son acumulables jurídicamente las penas privativas de libertad y que quedan excluidas las de otra naturaleza. STS 280/2019 de 14 de julio (ECLI: ES: TS:2019:1733); y STS 51/2023, de 2 de febrero, ECLI: ES: TS:2023:1046.

En la misma línea, tampoco es posible la acumulación jurídica de las penas accesorias del artículo 57, estableciendo un límite de cumplimiento del triple de la mayor. Exponente de este planteamiento restrictivo es la STS núm. 809/2021 de 21 de octubre (ECLI: ES: TS: 2021:3893) estimando el recurso de la fiscalía contra el Auto dictado por el Juzgado de lo Penal de Bilbao de 15 de abril 2021 (ECLI: ES: JP:2021:17.^a)¹³, que había estimado procedente la acumulación jurídica de penas accesorias de alejamiento y prohibición de comunicación, limitando la duración máxima aplicando el expediente del cálculo del triple de la mayor.¹⁴ Entre los diferentes argumentos citados por el TS para denegar la aplicación del límite penológico establecido en el art. 76 destaca que solo la pena de prisión pone en riesgo los fundamentos del sistema

¹³ Y lo hace con el siguiente argumento: «Al parecer del juzgado la acumulación de penas privativas de derechos practicada por el tribunal de instancia arroja un resultado desproporcionado. Impidiendo que el recurrente pueda reanudar la relación con su madre en un tiempo razonable. Y admite el argumento de que habiendo ordenado la acumulación de penas privativas de libertad impuestas arrojando un límite de cumplimiento de dieciocho meses de prisión, este mismo límite debería fijarse respecto a las penas privativas de derechos impuestas en la sentencia. Y aunque el CP no contempla expresamente esta posibilidad de acumular penas que no sean privativas de libertad, tampoco lo impide, por lo que en una interpretación favorable al reo considera razonable realizar tal acumulación. Por ello, procede a acumularse todas las penas accesorias impuestas en el mismo proceso y es de 6 años y 34 meses (3210 días) siendo la más grave de las penas impuestas la de 1 año y 6 meses, se determina como límite máximo de cumplimiento de todas ellas el de 3 años y 18 meses (1635 días) declarándose extinguidas el resto de las condenas acumuladas que excedan de dicho límite en único proceso».

¹⁴ Vid. Comentario crítico a esta sentencia en VARONA JIMÉNEZ, A., Las penas privativas de derechos: una pena acumulable, en *Revista General de Derecho Procesal* 57 (2022).

penal sino se contemplan fórmulas de atemperación de la suma aritmética impuesta, por lo que es preciso ajustar la repuesta punitiva en fase penitenciaria a módulos temporales aceptables que no impidan el objetivo final de la vocación de reinserción que por imperativo constitucional están llamadas las penas de prisión (art. 25 CE), por el contrario, las penas accesorias del art. 57, cuya relación con la pena principal no es la misma que la reservada a las previstas en los artículos 55 y 56 del CP, poseen finalidad comunicativa y pragmática específica, como es la de proteger a la víctima del delito de nuevos riesgos de ataques por parte del victimario.

IV. EL INÉDITO AUTO DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 28 DE JUNIO DE 2012, REC. 99/2012

Como resolución contraria hasta cuanto aquí se ha expuesto, el Auto de la Audiencia Nacional de 28 de junio de 2012, Rec. 99/2012 contiene un interesante pero aislado razonamiento sobre la posibilidad de extender los efectos del artículo 76 a todas las penas privativas de derechos¹⁵. La Audiencia Nacional estima el recurso interpuesto contra el Auto dictado por el Juzgado Central de lo Penal, debiéndose ratificar la condena por 13 delitos contra la Hacienda pública a 13 penas de pérdida del derecho de obtener subvenciones y ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios e incentivos fiscales durante un período de nueve meses cada una de ellas (en total 117 meses). El recurrente reclama la aplicación de los límites penológicos del artículo 76 del CP (27 meses como resultado del triple de la mayor) ya que, en su parecer, el precepto no distingue entre condenas referentes a penas privativas de libertad o privativas de derechos. La Sala realiza previamente un estudio de las dos posturas enfrentadas, la favorable a la acumulación a todo tipo de penas, y la desfavorable solo limitada a las penas de prisión, opta por la primera y corrige al órgano *a quo* diciendo: «La interpretación realizada por el juez de lo penal y sugerida por el ministerio fiscal es restrictiva y conduce a un tratamiento discriminador, y no respeta el contenido del principio de legalidad establecido en el artículo 25.1 CE que exige que las normas penales sean previas, ciertas y escritas sino también estrictas

¹⁵ La referencia del Auto citado en el texto se recoge del trabajo de FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., Problemas prácticos en la ejecución de penas no privativas de libertad», en *Práctica Penal*, La Ley Penal, 103, La Ley, que se posiciona en contra de la posición asumida en el Auto de la Audiencia Nacional. Para este autor no sería admisible favorecer la limitación de las penas desde la óptica de las víctimas, especialmente, en los delitos de violencia de género y violencia doméstica, pues estas penas cumplen claramente una función protectora de las víctimas del delito que se vería frustrada si admitiéramos la tesis favorable a la aplicación del artículo 76 (p. 3).

(taxativas y por ello previsibles) y por ello el artículo 9.3 CE impone la interpretación restrictiva de las normas sancionadoras de las que las leyes penales son un paradigma. Para el tribunal el artículo 76 no distingue la clase de pena a las que se pueden aplicar los límites de cumplimiento, y solo complementándola con los límites excepcionales y la previsión del artículo 78 del CP podríamos llegar a la conclusión de que se refiere en todo caso a las penas privativas de libertad, pero esta operación supone restringir el ámbito de aplicación de la norma penal por debajo de su ámbito gramatical. La Sala no sin cierto grado de duda, que en todo caso ha de ser resulta en favor del reo, decide que al no delimitar los tipos de penas en los que se aplica el artículo 76 puede ser aplicado a toda clase de penas, a excepción de aquellas que no permitan el cumplimiento simultáneo consigo misma (multa); una pena privativa de derechos es cumplible de forma simultánea con una pena de prisión o con una pena privativa de otro derecho, pero no es cumplible de forma simultánea con una pena de su misma clase y solo cabe el cumplimiento sucesivo.

No obstante, como se ha dicho al principio el Auto comentado se trata de una resolución aislada. Se hace preciso seguir profundizando sobre los argumentos que niegan la posible acumulación jurídica y la aplicación de límites penológicos a las penas privativas de derechos, pues los argumentos invocados por la jurisprudencia, ayunos de un soporte en la literalidad de los artículos 73, 75 y 76 CP no dan pie a rechazar interpretaciones más favorables al reo y compatibles con principios de proporcionalidad, necesidad y merecimiento de pena.

IV. DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL

CAPÍTULO LII

BLANQUEO DE MONEDAS VIRTUALES Y CRIPTOACTIVOS
EN LA UE DESDE LAS DIRECTIVAS DE 2018 HASTA
LOS REGLAMENTOS DE 2023

MIGUEL ABEL SOUTO

Presidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho Penal Económico
y de la Empresa. Catedrático de Derecho Penal. Universidad
de Santiago de Compostela

He elegido para mi pequeña contribución a este gran y merecido homenaje los cambios más recientes sobre criptoactivos porque el profesor de Vicente Remesal siempre se mostró muy preocupado por las últimas reformas en la publicación de sus colecciones legislativas.

La Directiva 2018/1673, de 23 de octubre, sobre el combate contra el blanqueo mediante el Derecho penal, advierte de que «el uso de monedas virtuales presenta nuevos riesgos y desafíos desde la perspectiva de lucha contra el blanqueo» (cons. 6), pero ya unos años antes la Directiva 2015/849, de 20 de mayo, o cuarta Directiva, exigía «adaptaciones rápidas y continuas del marco jurídico» (cons. 28) para responder a las amenazas del uso de las nuevas tecnologías en el blanqueo y también la Directiva 2018/843, de 30 de mayo, o quinta Directiva¹, insiste en la «necesidad de adaptarse a las nuevas amenazas» (cons. 6) y de modificar la Directiva de 2015. Asimismo, el Regla-

¹ «Esta contribución se integra en el proyecto PID2021-126422OB-I00 (AEI/FEDER, UE)». Sobre las dos directivas de 2018 *vid.* ABEL SOUTO, Blanqueo de dinero, responsabilidad criminal de las personas jurídicas y directivas de 2018, en SANZ HERMIDA (Dir.), La justicia penal del siglo XXI ante el desafío del blanqueo de dinero, Valencia, 2021, 41-75.

mento 2023/1114, de 31 de mayo, sobre mercados de criptoactivos, o Reglamento MiCA, constata la necesidad de que la legislación sobre criptoactivos «tenga visión de futuro, esté preparada para seguir el ritmo de la innovación y los avances tecnológicos» (cons. 16). Igualmente el Reglamento 2023/1113, del mismo 31 de mayo, relativo a la información de transferencias de fondos y criptoactivos obliga a la Comisión a presentar, hasta el 30 de junio de 2027, un informe sobre las soluciones tecnológicas para el cumplimiento de las obligaciones impuestas a los proveedores de servicios de criptoactivos con los últimos avances y el uso de herramientas analíticas de registro distribuido para identificar las transferencias así como sobre las tendencias de uso de direcciones autoalojadas para realizar transferencias sin intervención de terceros y sus riesgos para el blanqueo (art. 37.3, letras b) y e). En la misma línea el informe que la Comisión debía presentar como muy tarde el 11 de enero de 2022 sobre aplicación de la Directiva 2018/843 tenía que incidir en los problemas emergentes y nuevas tendencias e incluir propuestas sobre monedas virtuales, la creación de una base de datos central para las identidades y direcciones de monedero electrónico de los usuarios accesibles para las Unidades de Inteligencia Financiera² y los formularios de autodeclaración de los usuarios de monedas virtuales (art. 65, modificado). Sin embargo la Comisión no se limitó simplemente a informar sino que el 20 de julio de 2021 presentó «un ambicioso paquete de propuestas legislativas» contra el blanqueo que tiene en cuenta «los retos nuevos y emergentes relacionados con la innovación tecnológica»³.

Concretamente se trata de cuatro propuestas legislativas en las que destaca la utilización del reglamento como técnica principal para conseguir la armonización⁴: un reglamento que crea la nueva autoridad de la Unión Europea en materia de lucha contra el blanqueo, el cual también «ayudará a las unidades de información financiera a mejorar su capacidad analítica sobre los flujos y a convertir la inteligencia financiera en una fuente clave para las fuerzas de seguridad»⁵, creación que institucionalmente constituye «la medida

² Sobre el SEPBLAC y su máxima calificación internacional *vid.* LORENZO SALGADO, El blanqueo de dinero procedente de los delitos descritos en los artículos 368 a 372 del CP y las nuevas tendencias de financiación del terrorismo advertidas por las directivas de 2018, en ABEL SOUTO/LORENZO SALGADO/SÁNCHEZ STEWART (Coords.), VII congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, Valencia, 2020, 460 y 461, n. 63. *Vid.* también FATF, Consolidated assessment ratings, <http://www.fatf-gafi.org> (febrero de 2021).

³ COMISIÓN EUROPEA, Lucha contra los delitos financieros, Bruselas, 2021, 1.

⁴ CODINA GARCÍA-ANDRADE, Los servicios relacionados con criptoactivos ante el nuevo paquete europeo de medidas de prevención del blanqueo de capitales, RDBB, 2022, 5 y 14.

⁵ COMISIÓN EUROPEA, Lucha..., *cit.*, 2. Respecto a la propuesta relativa a la nueva autoridad central contra el blanqueo, surge ante los «muchos agujeros» que dejaban las autoridades nacionales en la batalla transnacional y ningún supervisor quería «meterse en la taifa del vecino» (Europa quiere una autoridad

armonizadora más relevante»⁶; otro reglamento contra el blanqueo con normas directamente aplicables y «una regulación más amplia, pues se refiere a los criptoactivos en general», que destaca por las medidas de diligencia con el cliente y se complementa con el Reglamento 2023/1114 o MiCA⁷; una sexta Directiva que sustituya la Directiva 2015/849 vigente o cuarta Directiva, ya modificada por la quinta, y una revisión del Reglamento 2015/847 sobre transferencias de fondos para rastrear las de criptoactivos. El Reglamento 2023/1113 sobre información de las transferencias de fondos y criptoactivos derogará, el 30 de diciembre de 2024, el Reglamento 2015/847, que únicamente se aplica a las transferencias de fondos, y abarcará también las de activos virtuales, Reglamento 2023/1113 que además modifica la Directiva 2015/849, la cual simplemente alcanzaba a los proveedores de servicios tanto de custodia de monederos electrónicos como de cambio de monedas virtuales por fiduciarias, y que incluirá todas las categorías de proveedores de servicios con criptoactivos (cons. 3 y 59).

Ciertamente la ausencia de riesgo crediticio, al existir normalmente un prepago, desincentiva que los proveedores de servicios obtengan una completa y precisa información sobre los clientes o la naturaleza de las relaciones comerciales⁸, proveedores que suelen utilizar una «débil tecnología»⁹; se ha denunciado la «voracidad» de los mercados para acceder «a todo tipo de datos para los más variados usos» y su obtención al margen de los interesados contra

central contra el lavado de dinero, <https://www.worldcomplianceassociation>, p. 1). Así, el 29 de junio de 2022 el Consejo acordó su posición sobre la propuesta de la Comisión (*Vid.* Proposal for a Regulation establishing the authority for anti-money laundering, 29 de junio de 2022) y añadió competencias a la autoridad para que supervisase directamente a determinadas «entidades financieras y de crédito, entre ellas a los proveedores de servicios de criptoactivos en caso de que se consideren un riesgo» (CONSEJO EUROPEO, Nueva autoridad de la UE para la lucha contra el blanqueo de capitales, 2022, <https://www.consilium-europa.eu>, 2), aunque también se pretende otorgarle poderes para emitir directrices cuestionables por afectar, según el artículo 290 TFEU, a «elementos esenciales» de la regulación (CODINA GARCÍA-ANDRADE, *op. cit.*, 5 y n. 17). España ya ha ofrecido la madrileña Torre de Cristal para la sede de la nueva autoridad, que contará con una plantilla de 250 personas y un presupuesto inicial de 45'6 millones de euros, propuesta avalada por el protagonismo español en la lucha contra el blanqueo (*Vid.* ABEL SOUTO, FATF's most compliant countries, *De Legibus*, 2022, 241-266) y en la ausencia de una institución europea en nuestro país, pese a ser la cuarta economía de la Unión (AYUSO, Madrid presenta en Bruselas su plan para convertirse en la capital europea contra el blanqueo de dinero, *El País*, 31 de mayo de 2023).

⁶ CODINA GARCÍA-ANDRADE, *op. cit.*, 5.

⁷ GONZÁLEZ QUINZÁN, El ciberespacio como paradigma de la cibercriminalidad, en ABEL SOUTO/LORENZO SALGADO/SÁNCHEZ STEWART (Coords.), IX congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, Valencia, 2024, 529.

⁸ FATF, Money laundering using new payment methods, october 2010, <http://www.fatf-gafi.org>, 21, §§58 y 61.

⁹ GÓMEZ INIESTA, El uso de las monedas virtuales y el dinero electrónico en el delito de blanqueo y la Directiva 843/2018, en ABEL SOUTO/LORENZO SALGADO/SÁNCHEZ STEWART (Coords.), VIII congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, Valencia, 2021, 656.

el Derecho a la intimidad¹⁰; se han detectado brechas de seguridad en la inteligencia artificial y asociado las herramientas *blockchain* al uso de criptomonedas para el blanqueo¹¹ y hasta se ha dicho que el nombre del buscador elegido en *internet* permite abrir «las puertas del infierno de Dante Alighieri»¹², por lo que antes de pulsar el botón debería recordarse lo escrito en el dintel de la puerta del averno: «*lasciate ogni speranza, voy che entrate*»¹³.

No obstante, el desarrollo de las tecnologías, entre ellas *internet*, ha implicado incuestionables ventajas¹⁴, la seguridad criptográfica, la trazabilidad de la cadena de bloques, la elaboración de perfiles de usuarios¹⁵, la obtención de pruebas por la fiscalía mediante el rastreo de transacciones a través de *blockchain*¹⁶ y hasta facilita, mediante recursos *online*, la verificación de la identidad u otros deberes de diligencia para la prevención del blanqueo¹⁷, como en las empresas *Fintech* mediante sistemas *big data* y aplicaciones informáticas¹⁸, v. gr., el *software* de investigación *Chainanalysis Reactor* se emplea judicialmente como evidencia pericial al identificar usuarios de transacciones y analizar flujos de movimientos, buscando direcciones de *bitcoin* para detectar delitos fiscales¹⁹, con lo que los protocolos cifrados «sirven a los organismos de investigación y represión para rastrear las operaciones ilícitas e identificar sus responsables»²⁰, y el Reglamento 2023/1113 alude al «uso de herramientas analíticas basadas en la tecnología de registro distribuido, para detectar el origen o el destino de los criptoactivos» (cons. 17), incluso se habla de *Regtech* o gestión tecnológica del cumplimiento con la regulación²¹ con «la visualización de datos, la cadena en bloques y la inteligencia artificial»²², pues las herramientas de aprendizaje automático, como los algoritmos, se adaptan para

¹⁰ MORÓN PENDÁS, La utilidad de las nuevas tecnologías en la prevención del blanqueo de dinero, IX congreso..., *cit.*, 2024, 604.

¹¹ MOREIRA DOMINGOS, Las nuevas tecnologías y el impacto del blanqueo de dinero procedente de la corrupción organizada en la democracia, IX congreso..., *cit.*, 2024, 549.

¹² SALAZAR ICAZA, Blanqueo de dinero y medios digitales, IX congreso..., *cit.*, 2024, 558.

¹³ DANTE ALIGHIERI, Divina Comedia, traducida por Cayetano Rosell, ilustrada por Gustavo Doré, Barcelona, 1870, 13, canto 3, verso 9.

¹⁴ MATA BARRANCO, Ilícitos vinculados al ámbito informático, en CUESTA ARZAMENDI (Dir.), Derecho penal informático, Cizur Menor, 2020, 16.

¹⁵ GÓMEZ INIESTA, El uso de las monedas virtuales..., *cit.*, 652 y 663.

¹⁶ MOREIRA DOMINGOS, *op. cit.*, 550.

¹⁷ *Vid.* The money laundering officer's practical handbook 2011, Cambridge, 37-39 y 54.

¹⁸ [Http://www.iebschool.com](http://www.iebschool.com).

¹⁹ JOFFRE CALASICH, Criptocriminalidad, en MEIROVICH/BERRUEZO (Dirs.), Ilícitos económicos y evidencia digital, Buenos Aires, 2022, 191, n. 20.

²⁰ FERRÉ OLIVÉ, Los hechos previos del blanqueo, con especial consideración en la ciberdelincuencia y los delitos antecedentes en la Directiva 2018/1673, IX congreso..., *cit.*, 2024, 253.

²¹ [Http://www.ciberseguridad.com](http://www.ciberseguridad.com).

²² GÓMEZ INIESTA, El uso de las tarjetas de prepago para el blanqueo y la financiación terrorista y la Directiva 843/2018, VII congreso..., *cit.*, 2020, p. 304, n. 24.

ayudar a detectar actividades anormales o sospechosas y generan alertas mediante la inteligencia artificial²³, que contribuye a «anticipar y neutralizar amenazas o gestionar incidencias de ciberseguridad» más rápida y eficazmente al analizar grandes cantidades de datos sin intervención humana especializada²⁴. También las ofertas de criptoactivos, al simplificar la captación de capital y favorecer la competencia, «podrían constituir una forma de financiación innovadora e inclusiva, entre otras para las pequeñas y medianas empresas», según el considerando segundo del Reglamento 2023/1113.

Igualmente, se ha cuestionado la utilidad de las huellas electrónicas en la medida en que la dirección de IP puede falsificarse²⁵, hay *tumblers* o mezcladores de múltiples direcciones que garantizan el anonimato²⁶, de hecho los servicios de mezcladores procesaron la mayoría de *bitcoins* blanqueados²⁷ y el Reglamento 2023/1113 advierte del alto riesgo respecto al blanqueo de las tecnologías diseñadas para el anonimato, con cita de «los mezcladores de criptoactivos»²⁸.

El GAFI en octubre de 2018 modificó la recomendación 15.^a para aclarar cómo se aplican sus estándares a las actividades u operaciones con activos virtuales²⁹ y en junio de 2019 aprobó una nota interpretativa a la recomendación 15.^a³⁰, para que las empresas que operan con criptomonedas recopilen y compartan datos de sus clientes en las operaciones superiores a 1.000 euros o dólares, con lo que surgen preocupaciones sobre si la tecnología *blockchain* tendrá que reestructurarse o si se incrementarán los costes de las criptomonedas³¹ con esta traslación de deberes públicos a los particulares³². En junio de 2021 se actualizó la nota interpretativa a la recomendación 15.^a para aclarar

²³ DOUGLAS HEAVEN, IA para perseguir el blanqueo de capitales en tiempos de coronavirus, <https://technologyreview.es>, 2020, 1, 3 y 4.

²⁴ LLEDÓ BENITO, El Derecho penal, robots, IA y cibercriminalidad, Madrid, 2022, 23. Las nuevas tecnologías permiten captar y procesar ingentes volúmenes de datos, definir vertiginosamente patrones que anticipan conductas, identificar y gestionar los riesgos, «base de todo el mecanismo de prevención» (MORÓN PENDÁS, *op. cit.*, 603).

²⁵ FATF, Money laundering using new..., *cit.*, 20 y 21, nota 34.

²⁶ GÓMEZ INIESTA, El uso de las monedas virtuales..., *cit.*, 660.

²⁷ JOFFRE CALASICH, *op. cit.* 190, y 195.

²⁸ Cons. 17. El Reglamento 2023/1113 también añadió un apartado 6 al art. 18 de la Directiva 2015/849 que obliga a la Autoridad Bancaria Europea a prestar especial atención, por favorecer el anonimato, a los servicios de mezclado.

²⁹ Vid. GAFI, Regulación de activos virtuales, París, 2018, <http://www.fatf.gafi.org>.

³⁰ FATF, Guidance for a risk-based approach. Virtual assets and virtual asset service providers, june 2019, <http://www.fatf-gafi.org>, 4, 55 y 56.

³¹ HUILLET, El GAFI publicará nuevas reglas para el criptosector mundial que afectan a los *exchanges*, fondos y custodios, <http://www.es.coin-telegraph>, 2019, 1.

³² Vid. ABEL SOUTO, Money laundering, COVID-19 and new technologies, en ARLACCHI/SIDOTI (Eds.), Financial crime, money laundering and asset recovery, Craiova, 2021, 40.

que las nuevas obligaciones sobre evaluación y mitigación de riesgos de blanqueo también se aplican a los proveedores de servicios de activos virtuales³³. Finalmente, en junio de 2023 el GAFI mostró su seria preocupación porque la mayoría de las jurisdicciones, tres cuartas partes, exactamente 73 de 98, no cumplían, en todo o en parte, las recomendaciones sobre activos virtuales y proveedores de sus servicios, incluso calificó de «vital» la necesidad de un rápido cumplimiento por los países³⁴.

En esta línea la Directiva 2018/843 amplía el ámbito de aplicación de la Directiva 2015/849 para detectar actividades sospechosas a los proveedores de servicios de cambio de monedas virtuales por monedas fiduciarias y a los proveedores de servicios de custodia de monederos electrónicos (cons. 8 y nuevas letras g y h del art. 2), llamados en el mundo anglosajón *exchangers* y *wallets*³⁵, incorporación de «nuevos sujetos obligados» que constituye «una medida fundamental»³⁶ para combatir el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo. Además, el Reglamento 2023/1113 modifica la Directiva 2015/849 contra el blanqueo «para incluir todas las categorías de proveedores de servicios de criptoactivos» que se sujetan a los mismos requisitos y supervisión de las entidades financieras (cons. 59), por lo que la nueva letra g) del artículo 3.2 de la Directiva los incluye entre ellas y el Reglamento 2023/1114 prohíbe a los condenados por blanqueo ser miembros del órgano de dirección, accionistas o socios con participaciones cualificadas de los proveedores de servicios con criptoactivos y de los emisores de fichas referenciadas a activos (cons. 81 y 51).

Tanto las monedas virtuales como los proveedores de servicios de custodia de monederos electrónicos se definen en los entonces nuevos apartados 18 y 19 del artículo 3 de la Directiva 2018/843, la cual advierte de que no deben confundirse (cons. 10 y 11) las monedas virtuales con el dinero electrónico, ni con las monedas de juegos, ni con las locales³⁷. El reglamento 2023/1113 cambia estas nociones por las de criptoactivos y proveedores de sus servicios en los nuevos apartados 14 y 15 del artículo 3 de la Directiva contra el blanqueo, que modifica, cuyas definiciones remiten al Reglamento 2023/1114.

Se aprecia una «progresiva instrumentalización» de las monedas virtuales para el blanqueo, porque permiten «la trazabilidad de las transacciones pero no la identificación de las personas que intervienen en ellas», se aprueban

³³ FATF, International standards on combating money laundering and the financing of terrorism & proliferation. The FATF Recommendations, Updated march 2022, <http://www.fatf.gafi.org>, 76 y 138.

³⁴ FATF, Targeted update on implementation of the FATF standards on virtual assets and virtual asset service providers, june 2023, <http://www.fatf.gafi.org>, 2 y 4.

³⁵ GONZÁLEZ QUINZÁN, *op. cit.*, 529.

³⁶ LORENZO SALGADO, El blanqueo de dinero..., *cit.*, 460.

³⁷ LORENZO SALGADO, El blanqueo de dinero..., *cit.*, 461, n. 64.

por usuarios de la cadena de bloques sin supervisión, lo que favorece las transacciones en países con escasas medidas de prevención³⁸ o «inexistentes»³⁹ y puede romperse la vinculación de transacciones a través de *tumblers* o mezcladores⁴⁰. Entre las monedas virtuales destaca el *bitcoin*⁴¹ —de gran gasto energético para la encriptación⁴² e introducido en 2021 oficialmente en Salvador con problemas en la billetera estatal o *Chivo wallet*, cuyo desfase de conectividad permitía la especulación, en la suplantación de identidad para conseguir el bono virtual de familiarización y en el uso con fines de blanqueo⁴³— aunque existen más de 6.000⁴⁴,

No obstante, se ha dicho que el protocolo de *bitcoin*, *ethereum* y otras criptomonedas es público, más rastreable y transparente que el dinero en efectivo, rey del anonimato que no permite establecer el rastro de la cadena dominical de los billetes, aunque no todas las criptomonedas son iguales, algunas se han diseñado para impedir su transparencia, como *zcash*, *dash*, *grin*, *beam* y *monero*⁴⁵.

También la Directiva sobre aspectos penales del blanqueo añade en la tradicional y omnicompreensiva definición de bienes «los documentos o instrumentos jurídicos con independencia de su forma, incluida la electrónica o la digital, que acrediten la propiedad de dichos activos o un derecho sobre los mismos» (art. 2.2), usando el anafórico «mismos» con una función pronominal de la que carece en la lengua castellana. Realmente el inciso «con independencia de su forma, incluida la electrónica o la digital» no es tan reciente, pues se remonta a la Directiva 2005/60 (art. 3.3) y se repite en la Directiva 2015/849 (art. 3.3), con la irrelevante novedad de la adición del artículo determinado «la» antes de «digital». En todo caso resulta evidente que el objeto material del delito de blanqueo alcanza, según este inciso, al dinero electrónico, pero también «las monedas virtuales, criptomonedas o criptoactivos», de los que «diferentes informes oficiales desvelan su utilización en la adquisición de bienes de

³⁸ GONZÁLEZ QUINZÁN, *op. cit.*, 528 y n. 16.

³⁹ WRONKA, Money laundering through cryptocurrencies, JMLC, 2022, 85.

⁴⁰ GONZÁLEZ QUINZÁN, *op. cit.*, 528.

⁴¹ Vid. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, El *bitcoin* como instrumento y objeto de delitos, CPC, 2020, 75-103; OPPEL, *Bitcoin*, RDPC, 2022, 75-104.

⁴² El Reglamento 2023/1114 en su cons. 7, pone de manifiesto los posibles efectos adversos sobre el clima y el medio ambiente de los mecanismos para validar las operaciones con criptoactivos.

⁴³ FLORES JUÁREZ, Riesgos asociados a la implementación del *bitcoin* como moneda de curso legal en El Salvador, IX congreso..., *cit.*, 2024, 523 y 524.

⁴⁴ GÓMEZ INIESTA, El uso de las monedas virtuales..., *cit.*, 658.

⁴⁵ JOFFRE CALASICH, *op. cit.*, 194 y 195. Se acusó al creador de *monero* de múltiples delitos y estas *privacy coins* o monedas de privacidad diseñadas para el anonimato resultan especialmente idóneas para el blanqueo, aunque no se debe criminalizar todo uso de las criptomonedas, inicialmente criticadas por el Banco Central Europeo pero cada vez más aceptadas por los reguladores nacionales (FERRÉ OLIVÉ, Los hechos previos..., *cit.*, 252, n. 40, 253 y 255).

ilícito comercio, como fuente de financiación de otros delitos o en la cibercriminalidad relacionada especialmente con el blanqueo»⁴⁶.

Es relativamente fácil regular el intercambio de criptomonedas en los proveedores que cambian monedas de curso legal por digitales o viceversa para controlar al cliente en la vuelta al mundo real o al intentar escaparse de él; sin embargo, en los proveedores de custodia de monederos electrónicos únicamente se tiene en cuenta la puesta a disposición de un servidor para alojar las claves del usuario y custodiar los fondos almacenados en el monedero electrónico o «billeteras calientes», pero no las «frías» o «programas de *hardware* o *software*, que permiten al usuario almacenar sus claves fuera de línea o con aplicaciones descargables», con lo que los intercambios de virtual a virtual, que suponen un evidente riesgo para el blanqueo, quedan, de momento, al margen de la normativa europea⁴⁷. Sin embargo, la propuesta de reglamento contra el blanqueo de dinero, que remite al ya aprobado Reglamento MiCA, incluye a los proveedores de servicios de *wallets* «con independencia de si se trata de custodia *online* u *offline*»⁴⁸.

De otro lado, la Directiva 2018/843 no se aplica a los proveedores de «otro tipo de»⁴⁹ activos virtuales, criptoactivos o *tokens*, que no son monedas virtuales, de manera que permite «nuevas oportunidades para el blanqueo de ganancias con posible financiación de actividades ilícitas»⁵⁰, por lo que debería ampliarse, según recomendó el GAFI, a los activos virtuales⁵¹ para abarcar la participación y promoción de ofertas iniciales de moneda⁵², los intercambios «entre activos virtuales y monedas nacionales como actividad del mercado primario» y entre criptomonedas o *tokens* como actividad del mercado secundario y la transferencia, liquidación, custodia o administración de activos virtuales⁵³.

Respecto a la propuesta de reglamento contra el blanqueo, no incluye los criptoactivos únicamente usados como fichas de servicio de una plataforma, v. gr. un *token* de utilidad integrado en un programa de fidelidad corporativo, ni las fichas o *tokens* no fungibles, siguiendo las orientaciones del GAFI, que

⁴⁶ CARPIO DELGADO, Los bienes, documentos e instrumentos jurídicos electrónicos o digitales como objeto material del blanqueo en la Directiva 2018/1673, IX congreso..., *cit.*, 2024, 325.

⁴⁷ GÓMEZ INIESTA, El uso de las monedas virtuales..., *cit.*, 679.

⁴⁸ CODINA GARCÍA-ANDRADE, *op. cit.*, 9.

⁴⁹ MATA BARRANCO, La respuesta penal al blanqueo de dinero cometido por medios informáticos, IX congreso..., *cit.*, 2024, 633.

⁵⁰ LORENZO SALGADO, El blanqueo de dinero..., *cit.*, 461.

⁵¹ *Vid.* FATF, Guidance..., *cit.*, 1-57.

⁵² Los servicios relacionados con las ICO o *Initial Coin Offerings* sí se incluyen en la propuesta de reglamento contra el blanqueo por remisión al Reglamento MiCA (CODINA GARCÍA-ANDRADE, *op. cit.*, 10).

⁵³ GÓMEZ INIESTA, El uso de las monedas virtuales..., *cit.*, 683.

excluye los *tokens* no fungibles cuando se usen como coleccionables y no a modo de medios de pago o de inversión, en cuyo caso cada país podrá decidir si los incluye cuando exista un riesgo significativo de blanqueo⁵⁴.

En cuanto a los *tokens* no fungibles⁵⁵, su *boom* se produjo en 2021⁵⁶ y en febrero de 2023 el GAFI advirtió que «los mercados de *tokens* no fungibles representan una vulnerabilidad emergente»⁵⁷ en materia de blanqueo. Sirven como certificados de propiedad de obras de arte, vídeos, canciones, escrituras, acciones... y tanto su alta volatilidad como su fluctuación especulativa los convierten en idóneos para justificar ingresos delictivos, así 8000 millones de dólares han sido blanqueados por plataformas de *tokens* no fungibles de 2017 a 2021⁵⁸ y en 2022 *Baller Ape* vendió *tokens* no fungibles en forma de dibujos, frecuentemente con un mono, y poco después eliminó el proyecto de inversión, quedándose con 2,6 millones de dólares mediante múltiples cadenas de bloques de activos virtuales⁵⁹.

La Directiva 2018/843 para responder a los retos de las nuevas tecnologías incorporó diversas definiciones, pero la propuesta de reglamento contra el blanqueo remite al ya aprobado Reglamento 2023/1114 o MiCA los conceptos de criptoactivos, aunque con alguna excepción, y de proveedores de sus servicios⁶⁰. Así integran los criptoactivos toda «representación digital de un valor o un derecho que puede transferirse y almacenarse electrónicamente, mediante tecnología de registro distribuido o una tecnología similar»

⁵⁴ CODINA GARCÍA-ANDRADE, *op. cit.*, 8. También excluye el Reglamento 2023/1114 sobre mercados de criptoactivos «los que sean únicos y no fungibles con otros criptoactivos» (art. 2.3), porque no son fácilmente canjeables y su valor no puede determinarse por comparación, de manera que su uso financiero y riesgos son limitados, aunque no se consideran únicas y no fungibles las partes de un criptoactivo único y no fungible (cons. 10 y 11). Igualmente el Reglamento 2023/1113 excluye de su ámbito de aplicación los criptoactivos únicos y no fungibles, a menos que constituyan criptoactivos o fondos (cons. 24). Tampoco incluye el Reglamento 2023/1114 las operaciones intragrupo, al no plantear riesgos para los inversores, el mercado, la estabilidad financiera, los sistemas de pago y la soberanía monetaria, ni los activos digitales no transferibles, como los programas de fidelización con puntos intercambiables por beneficios únicamente con su emisor u oferente, ni las ofertas de fichas de consumo que den acceso a un bien o servicio, ni «cuando el titular de los criptoactivos tenga derecho a utilizarlos a cambio de bienes y servicios en una red limitada de comerciantes con acuerdos contractuales con el oferente» (cons. 12, 17 y 30).

⁵⁵ Constituyen «*smart contracts* gestionados en la *blockchain* y comercializados en un mercado digital». A diferencia de las criptomonedas no se utilizan como medio de pago, por eso se les califica de «no fungibles», aunque realmente son fungibles porque pueden intercambiarse como cualquier mercancía, prueba de ello son sus cotizaciones: 69,3 millones de dólares costó *Everydays* y 2,9 el primer *twitter* (JOFFRE CALASICH, *op. cit.*, 201, n. 44).

⁵⁶ FATF, *Targeted...*, *cit.*, 33.

⁵⁷ FATF report. Money laundering and terrorist financing in the art and antiquities market, february 2023, <http://www.fatf.gafi.org>, 41.

⁵⁸ JOFFRE CALASICH., *op. cit.*, 201 y 202.

⁵⁹ FATF report. Money laundering and terrorist financing in the art..., *cit.*, 53.

⁶⁰ CODINA GARCÍA-ANDRADE, *op. cit.*, 6.

(art. 3.1.5), una tecnología que permite el funcionamiento y uso de «un repositorio de información que mantiene registros de operaciones y se comparte a través de un conjunto de nodos de red TDR y está sincronizado entre dichos nodos, utilizando un mecanismo de consenso» (art. 3.1.2). El Reglamento 2023/1114, frente a su propuesta, cambió el término «descentralizado»⁶¹ por «distribuido» y se criticó que la noción de criptoactivo de la propuesta no coincidía plenamente con la del GAFI, que prefiere un enfoque tecnológicamente neutro al no mencionar el registro descentralizado⁶², tecnología que se definía tautológicamente (art. 3.1.1).

De otro lado, el Reglamento MiCA amplía la obligación de registro a los proveedores de servicios de criptoactivos en general y añade una nueva obligación de autorización previa, aunque las condiciones del Real decreto-ley 7/2021 ya se asemejaban a una auténtica autorización⁶³. Para evitar una duplicación el Reglamento 2023/1113 modifica la Directiva contra el blanqueo suprimiendo el registro de los proveedores de servicios de criptoactivos en el apartado primero del artículo 47, porque ya están sometidos al Reglamento 2023/1114 (cons. 61).

Con todo, la Directiva 2018/843 es consciente de su debilidad, pues «no evita el anonimato»⁶⁴, al mantenerse «en gran parte del entorno de la moneda virtual»⁶⁵, ya que «los usuarios pueden llevar a cabo transacciones al margen» (cons. 9), de los proveedores de servicios con intermediarios con servidores fuera de la Unión Europea, aprovechando el ciberespacio y se harán operaciones sin intermediarios⁶⁶, cuyo número se irá reduciendo por los menores beneficios debido a la obligatoria implantación de medidas preventivas⁶⁷.

También siguen quedando al margen de la propuesta de reglamento contra el blanqueo, de la sexta Directiva y del Reglamento 2023/1113 las operaciones entre particulares, como las transacciones entre *wallets* privados no alojados en un proveedor de servicios de criptoactivos⁶⁸, monederos privados

⁶¹ *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, COM (2020) 593 final*, 24 de septiembre de 2020, 39, art. 3.1.2.

⁶² CODINA GARCÍA-ANDRADE, *op. cit.*, 6.

⁶³ CODINA GARCÍA-ANDRADE, *op. cit.*, 11.

⁶⁴ LORENZO SALGADO, *El blanqueo de dinero...*, *cit.*, 460.

⁶⁵ NAVARRO CARDOSO, *Criptomonedas (en especial, bitc in) y blanqueo de dinero*, RECPC, 2019, 28.

⁶⁶ Precisamente el Reglamento 2023/1114 excluye su ámbito de aplicación «cuando los servicios de criptoactivos se presten de manera totalmente descentralizada sin recurrir a un intermediario» (cons. 22). En el mismo sentido el Reglamento 2023/1113, según el art. 2.4, no incluye las transferencias de criptoactivos entre particulares, «sin la participación de un proveedor de servicios de criptoactivos».

⁶⁷ GONZÁLEZ QUINZÁN, *op. cit.*, 529 y n. 26.

⁶⁸ CODINA GARCÍA-ANDRADE, *op. cit.*, 11.

sobre los que se advierte por su alto riesgo para el blanqueo debido al anonimato (cons. 17), y las organizaciones autónomas descentralizadas o DAO, como agrupaciones de individuos que suscriben contratos inteligentes, articulados sobre una cadena de bloques, en los que determinan las reglas aplicables a la organización y emiten un *token* para realizar transacciones o votar en la DAO. Finalmente, es criticable que se considere proveedor de servicios a la entidad que acepta criptoactivos como contraprestación de bienes y servicios ofrecidos en el mercado, por lo que el Reglamento 2023/1113 permite a los estados miembros excepcionar estas transacciones⁶⁹ si se cumplen los requisitos de las letras a), b) y c) del artículo 2.5. Sin embargo, el GAFI puso de manifiesto que las transacciones entre particulares representan un riesgo porque pueden ser usadas para vulnerar la normativa contra el blanqueo y se constató un mayor número de transacciones ilícitas con activos virtuales entre particulares que utilizando proveedores de servicios⁷⁰. También plantean problemas con el blanqueo los intercambiadores descentralizados, contratos inteligentes que proporcionan servicios de intercambio de criptoactivos en la *blockchain* sin intermediarios, con lo que no están sometidos a las normas de prevención del blanqueo; normalmente se convierte y fracciona el dinero sustraído en diferentes *tokens*, como ocurrió en las plataformas AscenEx, Qubit Finance y Fortress Protocol⁷¹.

Pese a conocidos casos, como *Silk Road*, en el que se condenó a cadena perpetua por blanqueo de dinero, tráfico de drogas y *hacking* en *internet*, con incautación de 379 millones de dólares en *bitcoins*, *Liberty Reserve*, intercambiadora cuyo director fue condenado a 20 años de prisión por blanquear dinero con criptomonedas, o *BTC-E*, *exchanger* de criptoactivos multado con 100 millones de dólares por incumplir la normativa antiblanqueo, el volumen de criptoactivos blanqueados todavía es muy bajo en comparación con los mecanismos tradicionales⁷², que mayoritariamente emplean el dinero en efectivo o moneda fiat⁷³. Aunque el transporte físico de bienes constituye un método tradicional de blanqueo⁷⁴, también proliferan las nuevas «mulas de dinero», reclutadas por correo electrónico con oportunidades de trabajo en casa, que a veces el único pago que reciben es la persecución penal por blanqueo⁷⁵, ofer-

⁶⁹ CODINA GARCÍA-ANDRADE, *op. cit.*, 11 y n. 73.

⁷⁰ FATE, *Targeted...*, *cit.*, p. 32.

⁷¹ JOFFRE CALASICH, *op. cit.*, 202-204.

⁷² JOFFRE CALASICH, *op. cit.*, 187, 189, n. 11, 192, 200 y 213.

⁷³ FATE, *Targeted...*, *cit.*, 28.

⁷⁴ BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 4.ª ed., Cizur Menor, 2015, 73.

⁷⁵ CLOUGH, *Principles of cybercrime*, Cambridge, 2010, 187 y 188.

tas laborales que se han incrementado durante la pandemia de la COVID-19⁷⁶, y que suelen acabar en una condena por estafa, y hasta se ha condenado por blanqueo imprudente como solución *deus ex machina*⁷⁷, a modo de «cuestionable» tipo de recogida⁷⁸. Este recurso *ἀπὸ μηχανῆς θεός*, tan frecuente en el teatro griego de Eurípides, introduce con una grúa a una divinidad en la escena para resolver ilógicamente un problema en contra de la coherencia interna del sistema. Pero ya Aristóteles criticó en su Poética estas soluciones que no tienen en cuenta «lo necesario o lo verosímil»⁷⁹, pues se prescinde de las exigencias subjetivas y se trasladan funciones policiales a los ciudadanos sobre la base de unos deberes de cuidado que no se describen⁸⁰.

En definitiva, como se pone de manifiesto en la agenda estratégica de la Unión Europea⁸¹ hasta 2024, aunque en los años venideros «la transformación digital se seguirá acelerando y tendrá repercusiones de gran alcance», la política europea debe continuar reflejando los valores de nuestra sociedad, fomentando la inclusión y respetando la forma de vida europea⁸². Por tanto, es necesaria una gran cautela, dado que las nuevas tecnologías, como la energía nuclear, pueden iluminarnos, pero también son capaces, incontroladas, de «destruir civilizaciones»⁸³. Así las cosas, pese a que el volumen de dinero blanqueado mediante criptoactivos todavía no es muy elevado, hay que permanecer atentos, pues «las criptomonedas y el *blockchain* continuarán desafiando el sector financiero en los próximos años»⁸⁴, porque la criptocriminalidad puede minar la credibilidad del sistema financiero y precisamente los ganadores del premio Nobel de economía en 2022 pusieron de manifiesto cómo los pánicos bancarios especulativos contribuyen a las crisis financieras⁸⁵.

⁷⁶ ABEL SOUTO, COVID-19 y comisión del delito de blanqueo de dinero mediante las nuevas tecnologías, REPCP, 2022, 21.

⁷⁷ GONZÁLEZ URIEL, Cibermulas y criptomulas, RAD, 2023, 3, 5 y 7-14.

⁷⁸ ABEL SOUTO, Jurisprudencia penal española hasta 2018 sobre el blanqueo de dinero y sus reformas recientes, en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (Coords.), VI congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, Valencia, 2019, 246.

⁷⁹ ARISTÓTELES, La Poética, edición trilingüe por Valentín García Yebra, Gredos, Madrid, 1974, 3.^a ed., XV, 1454a, 34, pp. 178 y 183.

⁸⁰ GONZÁLEZ URIEL, *op. cit.*, 12 y 13.

⁸¹ Sobre la construcción de un Derecho penal europeo *vid.* FERRÉ OLIVÉ, El *Corpus Iuris* de normas penales para la tutela de los intereses financieros de la Unión Europea, VIII congreso..., *cit.*, 2021, 781-804 y 971-973; LORENZO SALGADO, Consideraciones sobre el dogma legalista como principio básico en la construcción de un Derecho penal europeo, VIII congreso..., *cit.*, 813-842, 977 y 978.

⁸² CONSEJO EUROPEO, Una nueva agenda estratégica 2019-2024, Bruselas, 2019, 4.

⁸³ SALAZAR ICAZA, *op. cit.*, 562.

⁸⁴ WRONKA, *op. cit.*, 93.

⁸⁵ JOFFRE CALASICH, *op. cit.*, 213, n. 79.

CAPÍTULO LIII

EL DELITO DE VIOLACIÓN DE TOPES O LÍMITES DE GASTOS EN LAS CAMPAÑAS ELECTORALES EN COLOMBIA

JUAN CARLOS ÁLVAREZ ÁLVAREZ

Profesor Asociado de Derecho Penal. Universidad EAFIT (Colombia).

Doctor en Derecho por la Universidad de León

I. INTRODUCCIÓN

La forma de financiación, el monto de los gastos que se invierten en las campañas electorales son, entre otros, algunos de los problemas a los que se enfrenta el sistema político colombiano en lo que tiene que ver con los procesos electorales en los que intervienen partidos políticos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos que compiten por el acceso a los cargos de elección popular, como lo son la elección de Presidente y Vicepresidente de la República, de Senadores y Representantes a la Cámara que integran el Congreso de la República, de Diputados a las Asambleas Departamentales, de Concejales a los Concejos Municipales y de ediles a las Juntas Administradoras Locales ¹.

¹ Estos procesos electorales están regulados en normas de rango constitucional y legal. En materia de financiación política cabe destacar la Ley 1475 de 2011, debido a que representó un importante avance en esta materia en Colombia. Al respecto, véase ÁLVAREZ ÁLVAREZ/ESCOBAR OSORIO, El financiamiento de los partidos, movimientos y campañas políticas en Colombia: su evolución y sus falencias, *Ius Comitalis*, n. 8, vol. 4, 2021, pp.106-120. El sistema de elección popular para los cargos mencionados, está previsto en el artículo 260 de la Constitución Política de Colombia, así: «Los ciudadanos eligen en forma directa Presidente y Vicepresidente de la República, Senadores, Representantes, Gobernadores, Diputados, Alcaldes, Concejales municipales y distritales, miembros de las juntas administradoras locales, y en

En lo que tiene que ver con las sumas de dinero que se destinan a la financiación de los gastos de las campañas electorales, cuando los montos de dinero que se gastan son superiores a los topes máximos establecidos por la autoridad competente, que en el caso colombiano corresponde al Consejo Nacional Electoral², se presenta una sensible alteración al sistema político democrático. En efecto, el hecho de que se sobrepasen los límites de gastos establecidos por parte de algunas campañas y candidatos, afecta de manera directa la igualdad entre los distintos competidores en la contienda electoral, alterando de esta forma el proceso de formación de la voluntad popular, que se expresa a través del voto que deposita cada uno de los ciudadanos que concurren a las urnas a elegir a quienes ocuparán cargos en la rama ejecutiva del poder público a nivel nacional, departamental o municipal o a quienes ejercerán la función legislativa.

Lo anterior, sin perjuicio de un problema adicional al de la violación de los límites de gastos en la campaña, que puede ser de igual o mayor gravedad, esto es, el relativo al origen, en algunos casos ilícito de esos recursos, asunto respecto del cual no se ocupará este trabajo, pero que sin duda, representa también un desafío al normal funcionamiento del sistema político³.

El presente artículo surge en el marco de un proyecto de investigación financiado por la Universidad EAFIT⁴. Dentro de ese contexto, en este escrito se plantearán algunas reflexiones acerca del bien jurídico protegido en el tipo penal previsto en el artículo 396B del Código Penal colombiano, que tipificó la conducta consistente en exceder los topes de las campañas electorales, de la siguiente forma: «El que administre los recursos de la campaña electoral que exceda los topes o límites de gastos establecidos por la autoridad electoral, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, multa correspondiente al mismo valor de lo excedido e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas».

su oportunidad, los miembros de la Asamblea Constituyente y las demás autoridades o funcionarios que la Constitución señale».

² El Consejo Nacional Electoral –CNE– es un organismo autónomo e independiente que forma parte de la Organización Electoral en Colombia. El CNE está compuesto por nueve magistrados elegidos por el Congreso de la República. Véase <https://www.cne.gov.co/la-entidad/acerca-del-cne>.

³ Sobre el problema de la financiación ilegal puede consultarse, para el caso español, la propuesta de regulación que en materia penal propone OLAIZOLA NOGALES, *La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción*, 2014 pp. 87-215. Su propuesta tiene como premisa el peligro que, en su opinión, algunas conductas de financiación ilegal representan «para el correcto ejercicio de las funciones de manifestación y representación popular que los partidos tienen atribuidos en la CE», p. 217. Acerca del impacto de la corrupción en general, sobre el funcionamiento de los sistemas políticos democráticos, véase, LAPORTA/ÁLVAREZ (comps.), *La corrupción política*, 1997. Para conocer una amplia revisión de los sistemas de financiación política en América Latina, puede verse en GUTIÉRREZ/ZOVATO, *Financiamiento de los partidos políticos en América Latina*, 2011.

⁴ Artículo derivado del proyecto de investigación, *Corrupción, democracia y sistema penal*, financiado por la Universidad EAFIT bajo el código interno 956-008.

II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La incorporación en el Código Penal del delito de violación de topes electorales en el artículo 396B, se produjo a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1864 de 2017. Según se dejó consignado en las actas de los debates parlamentarios, la fijación de los límites máximos a los gastos de las campañas electorales, se encamina a «proteger la formación democrática de la voluntad popular», así como «los principios de igualdad, transparencia y pluralismo político»⁵. A juicio de los parlamentarios que impulsaron la iniciativa legislativa, la violación de los límites de gastos en las campañas electorales, es una conducta que pone en riesgo el ejercicio de la democracia, que se expresa, entre otras formas, a través del libre ejercicio del derecho al voto⁶.

Durante la discusión en el Congreso de la República, también se dijo que el incumplimiento de los límites de gastos provoca una distorsión de la contienda electoral en beneficio de aquellos candidatos que dispongan de mayores recursos, con respecto de los demás competidores que se mantienen dentro de las reglas sobre financiación. Para que el sistema político democrático funcione correctamente, afirman que deben ser «las ideas, y no el dinero, lo que determine el resultado electoral»⁷.

En una línea muy similar se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, al afirmar que la violación de topes es una conducta cuya prohibición tiene sustento en la Constitución Política, que proclama que Colombia es un Estado Social de Derecho, democrático, participativo y pluralista⁸, y por tal

⁵ Gaceta del Congreso n. 213 de 2015, p.14: «Así, el establecimiento de topes está encaminado a proteger la formación democrática de la voluntad popular, así como a proteger los principios de igualdad, transparencia y pluralismo político, de manera tal que sean las ideas y no el dinero lo que determine el resultado electoral. Una violación de los topes de las campañas electorales pone en riesgo el ejercicio mismo de la democracia», Disponible en <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/>.

⁶ El art. 258 de la Constitución Política de Colombia, establece: «El voto es un derecho y un deber ciudadano. El Estado velará porque se ejerza sin ningún tipo de coacción y en forma secreta por los ciudadanos en cubículos individuales instalados en cada mesa de votación sin perjuicio del uso de medios electrónicos o informáticos. En las elecciones de candidatos podrán emplearse tarjetas electorales numeradas e impresas en papel que ofrezca seguridad, las cuales serán distribuidas oficialmente. La Organización Electoral suministrará igualmente a los votantes instrumentos en los cuales deben aparecer identificados con claridad y en iguales condiciones los movimientos y partidos políticos con personería jurídica y los candidatos. La ley podrá implantar mecanismos de votación que otorguen más y mejores garantías para el libre ejercicio de este derecho de los ciudadanos».

⁷ Gaceta del Congreso 213 de 2015.

⁸ Corte Suprema de Justicia, SEP 141-2022 de 2 de noviembre, MP. Jorge Emilio Caldas Vera. Refiriéndose a la antijuridicidad de la conducta en el caso analizado, el un proceso en el cual se condenó a una ex senadora de la República como coautora del delito de violación de topes electorales, precisó: «En esas condiciones, las contiendas electorales como aquellas en donde de manera libre los asociados eligen a sus representantes en el poder legislativo por constituir la concreción máxima de esos postulados, deben estar signadas por la transparencia, por la pureza, por la igualdad entre quienes se postulan, de manera tal

razón, las elecciones deben realizarse «en condiciones de igualdad entre quienes se postulan, de manera tal que (...) solo compitan con ideas y a partir de sus hojas de vida (...) lo cual, de necesidad, se vulnera cuando alguien rompe la regla para utilizar recursos ilimitados pues quiebra cualquier esquema de igualdad y transparencia para hacerse escuchar más y lograr, de manera legal o ilegal, un apoyo más grande que el que le correspondía de no haber acudido a esa estrategia»⁹.

Por su lado, la Corte Constitucional, al referirse al tema de la financiación política, señaló que «aunque resulta difícil calcular la influencia efectiva que el capital financiero tiene en la consecución de votos, es claro que las ventajas que trae consigo una mayor afluencia de dinero, repercuten en la expansión de la imagen del candidato y amplían sus límites publicitarios»¹⁰. De lo anterior, se infiere que los candidatos que invierten mayores cantidades de dinero en su campaña, podrán tener más posibilidades de incidir en la formación de la decisión de sus potenciales electores, y por tanto, parece plausible derivar de la afirmación de la Corte Constitucional, que la fijación de los límites a los gastos tendría como uno de sus objetivos primordiales, el de asegurar la igualdad entre los contendores políticos, y por esta vía, garantizar la adecuada formación de la voluntad popular.

Llegado a este punto, plantearé la propuesta en relación con lo que considero es el bien jurídico objeto de protección en el delito de violación de los topes en los gastos de las campañas electorales, previsto en el artículo 396B del Código Penal colombiano (Ley 599 de 2000, adicionado por la Ley 1864 de 2017), que a su vez hace parte del Título XIV del Código Penal, titulado «Delitos contra mecanismos de participación democrática».

En primer lugar, se trata de un bien jurídico de carácter colectivo, que según el *nomen iuris* se encuentra agrupado, como ya se indicó, dentro de los «mecanismos de participación democrática». Uno de esos mecanismos, se concreta en la posibilidad de que los ciudadanos colombianos elijan a quienes habrán de ocupar cargos en el poder ejecutivo o en el poder legislativo, mediante el ejercicio del voto directo, aplicando la regla democrática, de una persona, un voto.

que los últimos solo compitan con ideas y a partir de sus hojas de vida y que lo único que guíe a los ciudadanos para depositar su sufragio sea su análisis libre de esos aspectos, lo cual, de necesidad, se vulnera cuando alguien rompe la regla para utilizar recursos ilimitados pues quiebra cualquier esquema de igualdad y transparencia para hacerse escuchar más y lograr, de manera legal o ilegal, un apoyo más grande que el que le correspondía de no haber acudido a esa estrategia».

⁹ Corte Suprema de Justicia, SEP 141-2022 de 2 de noviembre.

¹⁰ Corte Constitucional, C 1153 de 2005, Mp. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Los ciudadanos tienen el derecho a decidir el sentido de su voto en forma libre y de acuerdo con su conciencia. En el proceso de formación de esa decisión pueden interferir múltiples factores, y uno de ellos, es precisamente el que se deriva de las distintas estrategias y actividades que despliegan las campañas políticas y sus candidatos, con el propósito de conquistar el voto de sus electores. A fin de garantizar que la voluntad popular se forme genuinamente, es decir, sin interferencias indebidas, se deben establecer mecanismos que aseguren que los ciudadanos podrán recibir la información y la propaganda política en condiciones de equidad, lo cual implica que las campañas políticas y sus candidatos compitan en igualdad de condiciones, en particular, en relación con la posibilidad de difundir sus propuestas ante los ciudadanos.

Así las cosas, una condición de posibilidad para la adecuada formación y manifestación de la voluntad popular, aunque no la única, pero tal vez una de las más importantes, consiste en que los partidos, movimientos políticos o grupos significativos de ciudadanos, concurren en condiciones de igualdad a la financiación de sus campañas políticas, encaminadas a acceder a los cargos de elección popular. A la garantía de acceso igualitario a las fuentes de financiación, está ligada de manera inescindible la necesidad de que se establezcan límites máximos a los gastos de las campañas electorales, como una forma de asegurar la igualdad entre todos los candidatos, a fin de que las oportunidades de difundir su mensaje y desplegar las estrategias dirigidas a convencer a los electores, no resulten desequilibradas por quienes, violando los topes establecidos por la autoridad electoral, inviertan recursos por encima de los límites autorizados.

En el mismo orden de ideas, y en la línea de lo reseñado más arriba sobre los debates parlamentarios, en el sentido de que la incriminación penal de la violación de los topes de gastos se dirige a «proteger la formación democrática de la voluntad popular», de lo planteado por la Corte Suprema de Justicia, que considera que utilizar recursos ilimitados «quiebra cualquier esquema de igualdad y transparencia para hacerse escuchar más», y de acuerdo también con lo expresado por la Corte Constitucional, cuando afirma que «la mayor afluencia de dinero» permite aumentar la visibilidad del candidato, considero que el bien jurídico que se pretende tutelar con la prohibición penal de la conducta consistente en exceder los topes de gastos en las campañas electorales, se puede concretar como *la formación genuina de la voluntad popular*.

La voluntad popular se expresa de diversas maneras, y una de ellas consiste en el ejercicio del sufragio que a su vez se hace efectivo votando por una determinada lista o candidato, votando en blanco, o bien, absteniéndose de

votar¹¹. La decisión de cada ciudadano, sumada a la de todos los demás, representa, en su conjunto, la expresión de la voluntad popular. La violación de los límites de gastos establecidos para las campañas políticas, altera el proceso de formación genuina de la voluntad popular, en la medida en que, dada la posibilidad de mayor visibilidad de la campaña o del candidato que excede los topes autorizados, usualmente por la vía de la publicidad, genera una desigualdad respecto de aquellos competidores, cuyo mensaje habrá tenido menos posibilidades de ser conocido por los potenciales votantes, y por ende, es probable que la decisión de muchos de ellos, esté condicionada por el mayor reconocimiento o el mayor posicionamiento mediático del candidato que violó los límites de gastos en su campaña.

Es claro que la conducta prohibida en el artículo 396B del Código Penal, también afecta la igualdad entre los competidores políticos. Sin embargo, creo que no es la igualdad en sí misma lo que en este caso tiene trascendencia para efectos de la protección penal, pues para ello bastaría, y creo que son suficientes, las sanciones de carácter administrativo que ya existen en el ordenamiento jurídico colombiano¹². Por el contrario, considero que la desigualdad que conlleva la superación de los topes de gastos adquiere relevancia penal, sólo en la medida en que distorsiona el proceso de formación genuina de la voluntad popular, prevaleciendo el dinero como factor determinante de ésta, y no el contenido del mensaje político dirigido a los electores, como debería ser en un sistema democrático, participativo y pluralista como el que proclama la Constitución Política de 1991.

¹¹ Sobre el abstencionismo como una forma de expresión política válida, que goza de aceptación constitucional véase, ÁLVAREZ ÁLVAREZ/GIRALDO VIANA, Bien jurídico protegido en los delitos contra los mecanismos de participación democrática, en: ESCALANTE BARRETO (Dir.), Debates y aportes al Sistema Integral de Derecho Penal. Obra Homenaje al profesor Jorge Arenas Salazar, I, Dogmática penal y proceso penal contemporáneos, 2022, pp. 239-265.

¹² El artículo 109 –inciso séptimo– de la Constitución Política establece: «Para las elecciones que se celebren a partir de la vigencia del presente acto legislativo, la violación de los topes máximos de financiación de las campañas, debidamente comprobada, será sancionada con la pérdida de investidura o del cargo. La ley reglamentará los demás efectos por la violación de este precepto». Así mismo, la Ley 1475 de 2011, dispone: «Artículo 26. Pérdida del cargo por violación de los límites al monto de gastos. La violación de los límites al monto de gastos de las campañas electorales, se sancionará con la pérdida del cargo, así: «1. En el caso de candidatos elegidos a corporaciones públicas se seguirá el procedimiento de pérdida de investidura definido en la Constitución y la Ley. 2. En el caso de alcaldes y gobernadores, la pérdida del cargo será decidida por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de acuerdo con el procedimiento para declarar la nulidad de la elección. En este caso el término de caducidad se contará a partir de la ejecutoria del acto administrativo por medio del cual el Consejo Nacional Electoral determinó la violación de los límites al monto de gastos».

III. CONSIDERACIONES FINALES

A continuación, dejaré planteados algunos comentarios adicionales en relación con el tipo objetivo, sin entrar en el análisis de los mismos, dado que ello excede las posibilidades de este trabajo.

En primer lugar, conviene señalar que el verbo rector consiste en *exceder* los topes o límites de gastos, para cuya verificación debe recurrirse a normas de carácter extrapenal, a efectos de establecer si existe diferencia entre el tope máximo fijado por la autoridad electoral, y los gastos en los que efectivamente incurrió la campaña.

Sobre este particular, resulta importante destacar que las campañas electorales tienen la obligación legal de reportar los gastos ante el Consejo Nacional Electoral. Sin embargo, lo que suele ocurrir, es que los gastos que dan lugar a que se excedan los límites, no aparecen en la contabilidad de la campaña, y por ende, no se reportan ante la autoridad competente.

En ese contexto, surge una discusión que no es solamente de carácter probatorio, sino que se relaciona directamente con la interpretación sobre el alcance de un elemento normativo del tipo penal a saber, el de *gastos*, pues muchas actividades, por ejemplo, aquellas que realizan terceros que no están directamente vinculados a la campaña política o candidato, pero que de manera indirecta implican erogaciones económicas que los benefician. En casos como este, puede resultar dudoso si tales erogaciones pueden ser imputadas como gastos de la campaña. Sobre este aspecto, valdría la pena una revisión detallada de la reglamentación administrativa que permita hacer ajustes que faciliten la delimitación de este concepto, que sin duda se erige como elemento normativo central del injusto en la figura delictiva que se viene comentando¹³.

Por otro lado, en lo que tiene que ver con el autor de la conducta, en una primera lectura del tipo, parece que se está ante un delito común, del que podría ser autor cualquiera que tenga a su cargo la administración de los recursos de la campaña.

Sin embargo, lo anterior no resulta tan claro en los casos en los que la campaña debe designar un gerente que tendrá la función de representación legal de la misma, y que además, será el encargado, por disposición legal de la administración de los recursos. En principio, pareciera que si el gerente es el responsable de administrar los recursos en nombre y representación de la cam-

¹³ Sobre el concepto de elementos normativos del tipo véase, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, El error sobre elementos normativos del tipo, 2008, pp. 34-133.

paña, en aquellos casos en los que un tercero asuma de hecho la administración de dichos recursos en nombre de la campaña, por ejemplo el candidato, podría ser imputado en virtud de la figura del actuar en lugar de otro, si se admitiera que se trata de un delito especial. Al respecto, en una sentencia de 2022, ya citada en este trabajo, la Corte Suprema de Justicia, se refirió al tema de la siguiente forma:

«Con independencia de lo anterior, cuando el tipo penal señala como sujeto activo al “administrador”, el concepto no descarta al candidato. En efecto, antes de aprobar la norma, en el Congreso se propuso que dentro del texto se incluyera, además del “administrador” al “candidato” como responsables de que no se invirtieran recursos más allá de los legalmente autorizados».

Y concluyó: «La propuesta fue negada, pero en el entendido de que *“el que administre puede ser a quien se demuestre que administró los recursos”* (Gaceta del Congreso número 49 del 22 de febrero de 2018, página 77), de donde se deriva que la expresión no se refiere exclusivamente a quien nominalmente detente el cargo de administrador, sino a quien de manera real haya estado a cargo del manejo de los recursos, luego, de necesidad, el concepto incluye al candidato, siempre que se demuestre que fue quien «administró los recursos¹⁴.»

Como se puede advertir, a partir de lo esbozado, se trata de un aspecto que amerita un mayor análisis que permita dilucidar de manera clara el asunto y ofrecer una respuesta satisfactoria.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, SEP 141-2022 de 2 de noviembre.

CAPÍTULO LIV
EL ÁNIMO DE LUCRO EN EL DELITO DE MALVERSACIÓN
DEL ARTÍCULO 432 CP

DEISY JANETH BARRIENTOS PÉREZ *
Investigadora Predoctoral FPI. Universidad de León

Esta contribución forma parte del merecido homenaje que se hace al Profesor de Vicente Remesal como reconocimiento a su trayectoria académica de la que se desprenden notables contribuciones a la Ciencia del Derecho Penal.

I. INTRODUCCIÓN

El ámbito de los delitos contra la Administración pública ha sido ampliamente tratado por la doctrina española. Hay obras que abarcan diferentes aspectos sobre la parte objetiva del tipo de los distintos delitos que conforman el Título de los delitos contra la Administración pública. Sin embargo, parece ser que la parte subjetiva o, de manera más específica, elementos como el ánimo de lucro, no ha recibido suficiente atención y no ha tenido una interpretación pacífica¹. Ello se explica, posiblemente, en la sostenida pretensión de algún

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación PID2019-108567RB-C21 financiado por MCIN/AEI/ 10.13039/501100011033 y en las tareas de investigación del GI DPULE.

¹ SAINZ DE ROBLES, en: AA. VV., Estudios de Derecho penal y criminología, LH- RODRÍGUEZ DEVESA, t. II, 1989, 298; ETXEBARRIA ZARRABEITIA, en: AA. VV. Delitos contra la Administración pública, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, 195. El problema respecto de cómo ha de interpretarse el ánimo de lucro parece que continúa sobre todo ahora con la reforma al delito de malversa-

sector de la doctrina y de la jurisprudencia de trasladar el «ánimo de lucro», tal y como es entendido en los delitos contra el patrimonio² –específicamente en el delito de hurto, de cual tal elemento es «arquetipo»³–, a los delitos contra la Administración pública, considerando que, con ese traslado, quedan resueltas las necesidades interpretativas de ese elemento en este último grupo de delitos. Esto pretermite el hecho de que la interpretación de los elementos tanto objetivos como subjetivos de los tipos penales debe hacerse teniendo como referencia el objeto de protección y el bien jurídico que se cierne detrás del delito.

El planteamiento que se quiere proponer en esta contribución es el siguiente: el elemento del «ánimo de lucro» en los delitos contra la Administración pública, específicamente en el delito de malversación por apropiación (art. 432 CP), es totalmente prescindible más si se interpreta a la luz de las propias particularidades del delito de malversación por apropiación y, muy concretamente, de lo que con él se quiere proteger. No obstante, este planteamiento exige dar una respuesta satisfactoria al hecho de que el ánimo de lucro se ha dispuesto expresamente como un elemento del tipo subjetivo del delito, actualmente presente solo para la modalidad de malversación descrita en el artículo 432 CP, pero previsto antes de la reforma operada por la LO 1/2015, además de en el artículo 432 CP, para las modalidades de malversación de los entonces artículos 433 CP y 434 CP⁴.

La trascendencia de la cuestión dista mucho de ser solo teórica y ello ha quedado muy claro en los tiempos recientes por tres hechos en concreto: i) la reacción social a la sentencia condenatoria en el caso conocido como ERE; ii) la reciente reforma al delito de malversación operada por la LO 14/2022 que incluye nuevamente el ánimo de lucro para algunas de las modalidades de comisión de este delito; y, iii) la interpretación hecha por el TS de tal elemento subjetivo en los autos⁵ emitidos con ocasión del caso conocido como *procés*.

Más allá de lo indicado, el tema tiene una especial relevancia práctica. Por un lado, está el hecho de que se condiciona el juicio de tipicidad a la prue-

ción operada por la LO 14/2015, al respecto: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: MÁRQUEZ/LAPORTA/VEGA VEGA: Coord., Sociedad del riesgo y expansión del DP. LH– CORCOY BIDASOLO, 2023, 216 s.

² En la jurisprudencia reciente, entre otras: STS 60/2023, 7-02. Así lo visibilizan, sobre todo con ocasión de la reciente reforma al delito de malversación: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: MÁRQUEZ/LAPORTA/VEGA VEGA: Coord., en: LH– CORCOY BIDASOLO, 2023, 216 s.; ROCA AGAPITO, en: LL 10230 (2023), 16.

³ SAINZ DE ROBLES, Estudios, t. II, 1989, 294.

⁴ Lo cual anteriormente hacía más difícil abordar el tema puesto que había que partir de una diferente interpretación del ánimo de lucro para las varias modalidades del delito de malversación que lo consagraban. Esto lo desarrolla, entre otros: MORALES GARCÍA, Malversación, 1999, 272 s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: NIETO MARTÍN: Coord., LH– BARBERO SANTOS, t. II, 2001, 101 ss. Esto será tratado en detalle en la investigación doctoral que adelanto sobre el delito de malversación.

⁵ ATS 2368/2023, 12-01; ATS 20107/2023, 13-02.

ba de la concurrencia de todos sus elementos, tanto objetivos como subjetivos, de manera que la conducta será atípica cuando no se pruebe el ánimo de lucro y la prueba, a su vez, está condicionada a la definición que se tenga de ese elemento. Por otro lado, su inclusión en el delito de malversación supondría la posible exclusión del dolo eventual⁶, por cuanto ese elemento, entendido de modo estricto hace concluir que el delito solo puede ser cometido con dolo directo de primer grado⁷. Sin embargo, esto no ha sido impedimento para que en la jurisprudencia reciente se condene por malversación por apropiación (con ánimo de lucro) en la modalidad de dolo eventual⁸.

La exposición del tema será abordada en tres partes: la primera dedicada a mostrar las principales interpretaciones que del ánimo de lucro se sostienen tanto en la doctrina como en la jurisprudencia; la segunda, a exponer algunas de las implicancias de la cuestión; y la tercera, a anunciar las conclusiones respecto del tema.

II. PRINCIPALES CLASES DE INTERPRETACIONES DEL ÁNIMO DE LUCRO EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

Existen dos tipos de interpretaciones respecto del elemento del ánimo de lucro. Por un lado, está la interpretación estricta⁹ del ánimo de lucro que se identifica, a su vez, con las interpretaciones económicas (objetiva y subjetiva) del ánimo de lucro y, por otro lado, está la interpretación amplia. Dentro de cada una de estas categorías pueden encontrarse diversas posturas y dependiendo de la que se asuma

⁶ Algunos autores afirman que el ánimo de lucro excluye la concurrencia de dolo eventual en el delito de malversación: MORILLAS CUEVA, en: COBO DEL ROSAL: Coord., DP. PE., 2.ª ed., 2005, 919.

⁷ Entre otros: GONZÁLEZ CUSSAC, en: GONZÁLEZ CUSSAC: Coord., Comentarios a la LO 14/2022, reforma del CP, 2023, 147 s.

⁸ STS 749/2022, 13-09. Sobre otros problemas de la condena por dolo eventual en el caso ERE, ROCCASALVO, en: InDret 2 (2023), 684-717. También existen dudas sobre si excluye el dolo directo de segundo grado, sobre esto, LUZÓN PEÑA, DP. PG., 3.ª ed., 2016, 16/53 ofrece una solución condicionada a la fuerza que se le dé al elemento subjetivo distinto del dolo que se analice. Interesante la postura de LUZÓN PEÑA/ROSO CAÑADILLAS, en: RD 16 (2013), 218, en la administración desleal societaria (art. 295 CP antes de la reforma operada por la LO 1/2015 de 2015) que toma al elemento subjetivo de actuar «en beneficio propio o de un tercero» como un «elemento subjetivo del injusto o del tipo que hay que añadir al dolo» y que es «paralelo al ánimo de lucro o enriquecimiento propio o ajeno de otros delitos patrimoniales, pero algo más amplio» (...) y «es compatible con el dolo eventual».

⁹ En la doctrina, sin embargo, se habla de la diferenciación del ánimo de lucro en una concepción amplia, por un lado, y en una concepción económica objetiva y una concepción económica subjetiva, siendo esta última la versión «más estricta». Así, DE LA MATA BARRANCO, Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación, el dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida, 1994, 242 ss.

se ubicará¹⁰ el ánimo de lucro o como un elemento diferente de la tipicidad subjetiva dolosa (dolo), esto es, con un contenido propio y diverso del dolo mismo y no como mero ornamento¹¹, o como un elemento que funge como «refuerzo del dolo, en el sentido de apropiarse definitivamente de la cosa»¹², en cuyo caso se le resta valor como elemento independiente. Hay, además, otro extremo argumental en el que se encuentran las posturas que defienden que el ánimo de lucro es un elemento irrelevante sobre todo en los delitos que suponen la apropiación.

1. Interpretación estricta del ánimo de lucro

Entender el ánimo de lucro en sentido estricto conlleva sostener que este está necesariamente relacionado con la obtención de algún tipo de ventaja o beneficio. Esa ventaja o beneficio tiene un sentido patrimonial y por lo tanto habrá de concebirse desde un punto de vista económico; esto es, en los delitos de apropiación, desde la utilidad o provecho que está en capacidad de reportar el bien objeto de apropiación. Hegler, pese a que partía de una concepción objetiva del injusto, ya reconocía que existían ciertos «momentos subjetivos», sobre todo en la llamada «tendencia interna trascendente» y, sobre el lucro en los delitos de apoderamiento, indicaba que no se sanciona cualquier clase de sustracción de una cosa mueble ajena sino solo cuando el menoscabo del patrimonio se realiza con la intención de procurarse a sí mismo o a un tercero un beneficio patrimonial antijurídico¹³.

Desde una consideración estricta del ánimo de lucro es necesario tener en cuenta si la utilidad que se reporta se juzga desde una perspectiva externa o desde una perspectiva interna. En el primer caso se hace referencia a la interpretación económica objetiva¹⁴ del ánimo de lucro. Pero, si el provecho eco-

¹⁰ CASTIÑEIRA PALOU, *Ventas a Plazos y Apropiación Indebida*, 1983, 113., sostiene que, según lo que se entienda por ánimo de lucro, se encontrará su ubicación. Así quien piensa que se concibe como el propósito de obtener provecho tendrá que afirmar que es un elemento diferenciable del dolo. Si quien, por el contrario, incluyéndose ella misma en este segundo grupo, piensa que se trata de un *animus rem sibi habendi* o ánimo de apropiación entenderá que forma parte del dolo.

¹¹ MORALES GARCÍA, *Los delitos de Malversación. Apropiación, utilización temporal y administración desleal de caudales públicos*, 1999, 272 s.

¹² Por todos, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA: *Dir.*, EPB, 2002, 907.

¹³ HEGLER citado por MEZGER, *Tratado de DP*, t. I., trad. de la 2.ª ed. alemana (1933) por José Arturo Rodríguez Muñoz, 1935, 288, 289.

¹⁴ BAJO FERNÁNDEZ, en: ADPCP (1975), 369; ETXEBARRIA ZARRABEITIA, *Administración*, 1997, 195; GARCÍA ARÁN, *El delito de Hurto*, 1998, 127; ROCA AGAPITO, en: QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS: *Coords.*, *El nuevo Derecho penal español. LH-Valle Muñiz*, 2001, 1729.; MORALES HERNÁNDEZ, en: RECPC 25-14 (2023), 14.

nómico se juzga desde la perspectiva del autor, se está en el terreno de la definición del concepto económico subjetivo¹⁵ del ánimo de lucro.

Como se indicó al inicio, el delito arquetipo para explicar el ánimo de lucro es el delito de hurto, en el que parece que se define lo injusto del delito no solo por la *sustracción*, sino sobre todo por el aspecto en el que precisamente radica su injusticia que no es otro que el hecho de que el autor actúa con el ánimo de enriquecerse y de obtener el objeto sin una contraprestación a cambio¹⁶.

Lo anterior nos lleva a hablar de los dos tipos de perspectivas dentro del concepto estricto de ánimo de lucro. Uno es el económico subjetivo, que entiende al ánimo de lucro como enriquecimiento o provecho económico¹⁷. Esta perspectiva también ha sido trasladada por algunos al delito de malversación¹⁸, y especialmente parece haber sido este el pensamiento de quienes intervinieron en la elaboración de la LO 14/2022¹⁹ y también los argumentos de defensa de los algunos de los condenados en el caso conocido como el *procés*²⁰.

Esta interpretación estricta, sobre todo la concepción económica subjetiva, está muy arraigada en el sentimiento popular. Así, es de recordar la reacción social producida *ex post* respecto de la sentencia de los ERE, en donde se protestaba por la injusticia de la decisión de haber condenado a José Antonio Griñán porque el mismo no se había «llevado a sus bolsillos» dinero público y en esa medida no había actuado con ánimo de lucro²¹. Esta forma de concebir el ánimo de lucro para delitos contra la Administración pública resulta inconveniente ya que deja de lado dos cuestiones trascendentes: la especial vulnerabilidad del objeto de la acción por la cercanía del funcionario sobre su custodia y la necesaria interpretación de los tipos penales en el radio del bien jurídico protegido que derivan en la conclusión de que la malversación en la modalidad del artículo 432 CP no es un delito de enriquecimiento, sino de apropiación.

¹⁵ DÍAZ PALOS, en: NEJ, 1950, 674, RODRÍGUEZ DEVESA, en: NEJ, t. XI, 1963, 205; ROCA AGAPITO, en: LH-Valle Muñiz, 2001, 1729; MORALES HERNÁNDEZ, en: RECPC 25-14 (2023), 14.

¹⁶ SAINZ DE ROBLES, Estudios, t. II, 1989, 302.

¹⁷ En la jurisprudencia: lucro como enriquecimiento propio o ajeno: STS de 24 de febrero de 1993 o de 25 de enero de 2000. En la doctrina, entre otros: RODRÍGUEZ DEVESA, en: NEJ, t. XI, 1963, 230. Ánimo de lucro para el delito de administración desleal entendido en un sentido económico subjetivo, GÁLVEZ JIMÉNEZ, El delito de administración desleal (artículo 252 del Código penal) en el ámbito de las sociedades de capital) 2019, 284; GARCÍA ARÁN, Hurto, 1998, 131 s.

¹⁸ STS 60/2023, 7-02.

¹⁹ ROCA AGAPITO, en: LL 10230 (2023), 16.

²⁰ GIMBERNAT ORDEIG, Malversación, sedición y desórdenes públicos tras la reforma, en: República (fecha de consulta: 22.08.23).

²¹ Cadena SER, «Pagan justos por pecadores» (fecha de consulta 14.08.23); El Confidencial, Griñán: pena de cárcel para un hombre bueno (fecha de consulta 14.08.23) La fundamentación probatoria de la sentencia en todo caso es muy dudosa, en esto también parece coincidir QUINTERO OLIVARES, La sentencia de los ERE y algunas perlas jurídicas no cultivadas, en: Revista online Almacén de Derecho (fecha de consulta 14.08.23).

Por su parte, la perspectiva económica objetiva es aquella que entiende el ánimo de lucro como «la ventaja patrimonial obtenida por la apropiación de una cosa con valor económico o de tráfico»²². Esta interpretación ha tenido gran acogida en la jurisprudencia respecto del delito de malversación²³ y se caracteriza, sobre todo, por asimilar el ánimo de lucro al ánimo de apropiación o *animus rem sibi habendi*²⁴. Esta posición además es, hasta hoy, posición mayoritaria en la doctrina española. Así lo han sostenido, entre otros, Orts Berenger²⁵, Díaz y García Conlledo²⁶, Ortiz de Urbina²⁷, Muñoz Conde²⁸, Manzanares Samaniego²⁹, Etxebarria Zarrabeitia³⁰.

Esta interpretación económica objetiva del ánimo de lucro hace referencia a la intención de apropiación por parte del autor. Por ello se ha manifestado que la expresión «ánimo de lucro» no dará lugar a su ubicación como un elemento diferente del dolo, sino que es una señal expresiva del carácter doloso del delito³¹ o que funge como refuerzo del dolo mismo³². Esto, según algunos, implica reconocer que el ánimo de lucro excluye directamente el delito doloso eventual³³.

2. Interpretación amplia del ánimo de lucro

Por su parte, una interpretación amplia del ánimo de lucro tiene su reflejo fundamentalmente en la jurisprudencia respecto de los delitos patrimoniales³⁴ y también respecto del delito de malversación entre los años 1995 y 2015³⁵.

²² BAJO FERNÁNDEZ, en: ADPCP (1975), 369.

²³ ROCA AGAPITO, en: LL 10230 (2023), 15. Gran acogida en la jurisprudencia cuando estaba en vigor la formulación original del delito en el CP de 1995, entre otras: STS 94/2002, 02-02.

²⁴ Así, recientemente, ATS 2368/2023, 12-01, 27.

²⁵ ORTS BERENGUER, en: VIVES ANTÓN: Coord., Comentarios al Código Penal de 1995, t. II., 1996, 1855.

²⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA Dir., EPB, 2002, 907.

²⁷ ORTIZ DE URBINA GIMENO, en: SILVA SÁNCHEZ: Dir., 2006, 319.

²⁸ MUÑOZ CONDE, DP, PE, 16.ª ed., 2007, 1001.

²⁹ MANZANARES SAMANIEGO, CP, t. II, PE., 2010, 1160.

³⁰ ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Administración, 1997, 181.

³¹ MUÑOZ CONDE, DP, PE., 16.ª ed., 2007, 1001.

³² DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: EPB, 2002, 907. Muestra estas tres posibilidades: CASTIÑEIRA PALOU, Ventas, 1983, 113.

³³ Entre otros: MORILLAS CUEVA, en: DP, PE., 2.ª ed., 2005, 919; MANZANARES SAMANIEGO, CP, t. II, PE., 2010, 1160. Sobre la tensión entre tipos que exigen algún tipo de intención o ánimo y el dolo directo de segundo grado, v. LUZÓN PEÑA, DP, PG., 3.ª ed., 2016, 16/53. También en este sentido crítica a la sentencia en el caso conocido como ERE por haber condenado por el delito de malversación en dolo eventual pese a admitir que concurría ánimo de lucro: MARTÍN PALLÍN, «Caso ERE»: una sentencia equivocada y un indulto justificado, en: <https://elpais.com/opinion/2022-11-09/caso-ere-una-sentencia-equivocada-y-un-indulto-justificado.html> (fecha de consulta: 16.08.23).

³⁴ DOPICO GÓMEZ-ALLER, en: DP, económico y de la empresa, 2018, 208.

³⁵ Entre otras: STS 8421/1998, 29-07 Caso Marey, STS 749/2022, 13-09; STS 507/2020, 14-10; STS 277/2015, 3-06; STS 1514/2003, 17-11, STS 734/2022, 7-07; STS 624/2022, 23-06; STS 697/2022, 23-06;

Esta perspectiva amplia incluye dentro de la definición del ánimo de lucro la intención del sujeto de obtener cualquier tipo de beneficio o ventaja, sin que la misma pueda valorarse exclusivamente en términos económicos puesto que también será ánimo de lucro la utilidad o provecho meramente contemplativo o incluso un beneficio altruista político o social³⁶, es decir, entiende el ánimo de lucro como *animus lucri faciendi gratia*.

Esta postura también tiene adeptos dentro de la doctrina; entre otros, refiriéndose al delito de hurto, Sáinz de Robles, quien entiende que puede afirmarse la existencia del delito de hurto en el caso de quien hurta para regalar, para dar limosna o para dedicarlo a una causa altruista. De este entendimiento del lucro se sigue que quien actúa haciendo uso ilícito de las vías de hecho con el ánimo de hacerse pago, no actúa con ánimo de lucro³⁷. También desde la doctrina, pero referido al delito de malversación, Muñoz Cuesta coincide con la concepción amplia en los términos indicados y expone, además, que el ánimo de lucro debe concurrir tanto en el funcionario en el caso de apropiación por su parte, como en los terceros, en el supuesto de consentimiento del funcionario para la sustracción³⁸.

Esta interpretación amplia fue apoyada por la FGE en el Decreto de 25 de enero de 2023, cuando, al tratar el tema de la eventual revisión de sentencias condenatorias en firme, con ocasión de la entrada en vigor de la LO 14/2022, previó que hay ánimo de lucro «en todos los casos en los que el sujeto activo obre con conciencia y voluntad de disponer de la cosa como si fuera propia, destinándola a unos fines ajenos a la función pública al objeto de conseguir una ventaja o beneficio propio o ajeno de cualquier tipo. Por consiguiente, este elemento subjetivo del injusto también se apreciará cuando el responsable del delito no persiga la obtención de una ventaja patrimonial o de un incremento económico personal»³⁹. Esto, en opinión de Roca Agapito, es tratado de forma tan amplia que ni se atisba contenido económico alguno y por el contrario describe el ánimo de lucro como cualquier intención o motivación del funcionario que concurra al momento de la apropiación⁴⁰.

STS 569/2022, 19-05; STS 899/2021, 18-11. Se indica el año 2015 como fecha de referencia puesto que en ese año el delito de malversación fue modificado por medio de la LO 1/2015 y la malversación pasó de tener la estructura y contenido tradicionales para concebirse como formas de administración desleal y de apropiación indebida por parte de funcionario público sobre patrimonio público, sin la inclusión del ánimo de lucro para ninguna de sus modalidades.

³⁶ SAP Burgos 38/2018, 29-01

³⁷ SAINZ DE ROBLES, Estudios, t. II, 1989, 304. De opinión contraria BAJO FERNÁNDEZ, en: ADPCP (1975), 370 ss.

³⁸ MUÑOZ CUESTA, en: RAD 2 (2023), 4.

³⁹ Decreto de 25 de enero de 2023 emitido por la FGE, 12.

⁴⁰ ROCA AGAPITO, en: LL 10230 (2023), 14.

3. **Ánimo de lucro como elemento prescindible**

Existe un cierto consenso en la inclusión del ánimo de lucro en los delitos contra la propiedad y contra el patrimonio⁴¹. Sin embargo, ha habido voces que se manifiestan en contra de su necesidad⁴² incluso para delito de hurto, del cual este elemento ha sido considerado desde antaño como una pieza fundamental, así como tampoco ha sido unánime para el delito de malversación. Autores como Mestre Delgado muestran cómo el ánimo de lucro incluso en los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, como la extorsión, la administración desleal o la apropiación indebida reporta poca utilidad⁴³ y, por el contrario, conlleva el riesgo de confundirlo con el dolo, además del hecho de que añade un peldaño probatorio más para la demostración del delito.

Ahora bien, como plantea de la Mata Barranco, cuando el núcleo del injusto de un delito está cifrado específicamente en la apropiación como resultado típico, será irrelevante a efectos de la realización típica la concurrencia de cualquier intencionalidad o finalidad adicional a un dolo que deberá de abarcar el resultado⁴⁴. Este razonamiento es aplicable al delito de malversación, especialmente en su modalidad apropiatoria, cuando se repara en el hecho de que lo que se pretende proteger, entre otros, es el patrimonio público y su correcta gestión en el que media, para que exista delito, una conducta de un funcionario público que infringe un deber funcional⁴⁵. Es decir, siguiendo a Roca Agapito, «la reducción del injusto que conlleva la exigencia del ánimo de lucro no es respetuosa con la infracción de los deberes y con las funciones públicas a que sirven los bienes de la Administración»⁴⁶.

Además, ha de recordarse que en los CP anteriores al de 1995 no se preveía el ánimo de lucro como elemento de la tipicidad subjetiva del delito de

⁴¹ Sobre la necesidad de distinción de estos dos ámbitos, entre otros: CHOCLÁN MONTALVO, El delito de estafa, 2000, 41. A favor de un concepto unitario de patrimonio y a favor de superar la distinción entre delitos contra la propiedad y contra el patrimonio, entre otros: GALLEGU SOLER, Responsabilidad y perjuicio patrimonial, 2002, 65 s.

⁴² Ejemplifica cómo algunas legislaciones lo estiman y otras no, SAINZ DE ROBLES, Estudios, t. II, 1989, 297.

⁴³ MESTRE DELGADO, en: LAMARCA PÉREZ: Coord., DP. PE., 7.ª ed., 2022, 365, 398, 434.

⁴⁴ DE LA MATA BARRANCO, Tutela, 1994, 265. Reconoce SAINZ DE ROBLES, Estudios, t. II, 1989, 311., tomando como ejemplo el delito de hurto, que sin el ánimo de lucro se ganaría en certeza al momento de la descripción de la conducta en la medida en que se acentuaría el enfoque del delito como un delito contra la voluntad del propietario.

⁴⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/OLAIZOLA NOGALES, en: Huarte de San Juan, Derecho/Zuzenbidea, 3-4 (1996-1997), 111.

⁴⁶ ROCA AGAPITO, Malversación, 1999, 74.

malversación⁴⁷, y así Díaz Palos o Suárez Montes, por ejemplo, afirmaban la innecesaridad del ánimo de lucro bastando para el delito el solo ánimo de apropiación⁴⁸. En este mismo sentido se pronuncian de la Mata/Etxebarria quienes de manera crítica cuestionan la necesidad típica del ánimo de lucro en los delitos de carácter apropiatorio en tanto consideran suficiente el dolo de apropiación como elemento subjetivo del tipo⁴⁹, criterio que en este texto se comparte.

Todo esto nos lleva a la interesante discusión, que aquí no puede ser profundizada, sobre la diferenciación entre ánimo de apropiación y ánimo de lucro, elementos que pueden ir de la mano pero que también pueden presentarse de manera independiente. Puede haber ánimo de lucro sin ánimo de apropiación, como pasa, por ejemplo, en el delito de hurto de uso, o en la malversación de uso prevista actualmente en el art. 432 bis⁵⁰ y también puede haber ánimo de apropiarse sin ánimo de lucro. Aunque es de reconocer que esta segunda opción es mucho más controvertida⁵¹ puesto que parece ser aceptado, sobre todo por quienes parten de una concepción económica del ánimo de lucro, que el hecho de apropiarse de algo lleva de suyo alguna suerte de lucro puesto que lo que sea objeto de apropiación necesariamente habrá de tener un valor económico y con la incorporación de ese bien a la esfera patrimonial se reportará alguna especie

⁴⁷ Sin perjuicio de que algunas resoluciones del TS se haya exigido su concurrencia, como en la sentencia STS 29-02-1988 (RJ 1988, 1354). O incluso en la doctrina JASO ROLDÁN, en: RODRÍGUEZ MUÑOZ/JASO ROLDAN/RODRÍGUEZ DEVESA, DP. PE., t. II, 1949, 220. Sin embargo, se reconocía por la jurisprudencia y doctrina mayoritarias su no exigibilidad, al respecto ROCA AGAPITO, en: LH-Valle Muñiz, 2001, 1727 s.

⁴⁸ DÍAZ PALOS, en: NEJ, 1950, 821. SUÁREZ MONTES, en: RGLJ 1966, 37 nota 81.

⁴⁹ DE LA MATA/ETXEBARRIA, Malversación y lesión del patrimonio público, apropiación, distracción y desviación por funcionario, de caudales públicos, 1995, 28 s.; DE LA MATA BARRANCO, Tutela, 1994, 265. No obstante, hubo voces que en vigencia del anterior CP se pronunciaron a favor de la inclusión del ánimo de lucro, tanto para la modalidad apropiatoria como para la de uso, así: BLECUA FRAGA, en: ADPCP, t. 38 (1985), 764.

⁵⁰ Antes de 2015 el delito que se asemejaba en su contenido al art. 432 bis actual era el art. 434 CP (malversación de uso). El antiguo art. 434 preveía que para la realización del delito era necesario obrar con ánimo de lucro y que la conducta típica consistía en dar «una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles (...)». La conducta típica como actualmente se regula es la de «destinar(e) a usos privados el patrimonio público (...)» y si bien antes se preveía explícitamente el obrar con ánimo de lucro, ahora lo que se exige expresamente es que el autor realice la conducta típica (destinar a usos...) sin ánimo de apropiárselo. Esto será desarrollado en la tesis doctoral, pero baste indicar la incongruencia respecto del elemento del ánimo de lucro del art. 432 CP y la ausencia de ánimo de apropiación del art. 432 bis CP, puesto que con esto de alguna manera podría interpretarse que la referencia al lucro del primer art. no va más allá de la simple intención de apropiación para la que basta con la sola referencia al tipo subjetivo doloso en tanto el dolo abarca el resultado típico que no es otro que la apropiación, mientras que para el segundo art. mencionado basta el solo uso sin intención de apropiación, con lo cual aun prescindiendo del ánimo de lucro, ambas figuras no se solapan y pueden ser claramente diferenciables en atención a si hubo apropiación o mero uso del patrimonio público.

⁵¹ RODRÍGUEZ DEVESA, El hurto propio en la historia y en la legislación vigente en España con concreta referencia al n.º 1 del art. 514 del Código Penal de 23 de diciembre de 1944, Tesis doctoral, Universidad Central, Facultad de Derecho, 1945, 118.

enriquecimiento⁵². Lo cierto es, en todo caso, que la exigencia por el CP del ánimo de lucro para confirmar la tipicidad del delito revela que necesariamente el legislador ha pensado y ha discriminado supuestos en los que pese a haber ánimo de apropiación no habría ánimo de lucro; de modo contrario, hubiera prescindido de tal elemento. Con esto se refuerza la idea de que ánimo de lucro debe ser algo distinto o algo más que el ánimo de apropiación.

III. CONCLUSIONES

1. Consecuencias de las distintas interpretaciones del ánimo de lucro para el delito de malversación por apropiación

La interpretación más estricta del ánimo de lucro –económica subjetiva– en los delitos que suponen la apropiación parte de la premisa de que la apropiación conlleva necesariamente la obtención de una ventaja patrimonial consistente en una suerte de enriquecimiento buscado por el autor del delito. Esto es particularmente cuestionable en el caso de malversación por apropiación por cuanto allí lo indispensable es la merma del patrimonio público, independientemente de si se obtuvo o no algún tipo de enriquecimiento patrimonial personal o si lo obtuvo un tercero⁵³. Por su parte, la interpretación estricta vista desde el punto de vista económico objetivo en donde se encuentran voces que entienden que el ánimo de lucro no resulta diferente del *animus rem sibi habendi*, que es la postura mayoritaria en la doctrina, tampoco me parece convincente para el delito de malversación. Así, comparto con Roca Agapito que esta posición no permite diferenciar entre dos ámbitos distintos como lo son el ánimo de apropiación del ánimo de lucro y la evidencia de esta doble perspectiva se puede notar en el delito de malversación si se tiene en cuenta que en el CP 1973 no se exigía ánimo de lucro, siendo para ese entonces necesaria exclusivamente la apropiación ilícita de los caudales.

Además, antes de la LO 1/2015 el art. 434 CP, si bien exigía ánimo de lucro, preveía una conducta de uso, que no de apropiación, de manera que tampoco se puede predicar que exista identidad entre ánimo de lucro y ánimo de apropiación⁵⁴. De manera pues que si se atiende a esta segunda forma de interpretación se termina confundiendo el ánimo de lucro con el ánimo de

⁵² LLOBET ANGLÍ, en: Memento Práctico Francis Lefebvre Penal, 2023, nm. 10735; SAP Burgos 29-1-18, EDJ 16096.

⁵³ Aunque nada obsta para que esto pueda ser considerado, mejor, como una circunstancia de agravación.

⁵⁴ ROCA AGAPITO, en: LL 10230 (2023), 15.

apropiación y de alguna manera pierde sentido el hecho de que en un delito apropiatorio se incluya el ánimo de lucro si no va a otorgársele efecto alguno diverso del dolo mismo. La sola referencia a la conducta típica dolosa de apropiación del patrimonio público sería suficiente, esto además si se lee de cara al bien jurídico que se protege que no es otro que el patrimonio público y la correcta gestión de los caudales.

Por último, una interpretación amplia del ánimo de lucro tiene como consecuencia el hecho de que ya el solo apoderamiento implicaría la afirmación del lucro, es decir, el lucro estaría implícito en todo apoderamiento, de modo que se establece una suerte de presunción⁵⁵ incompatible con un Derecho penal que se diga garantista de los derechos de los posibles implicados en un proceso penal. Así, como lo muestra García Arán, si la mera disponibilidad fáctica sobre la cosa supone ya una ventaja y, por tanto, equivale al lucro, la exigencia legal de actuar, *además*, con ánimo de lucro resulta vacía de contenido⁵⁶.

Llama mucho la atención el hecho de que estos tres tipos de interpretaciones en la actualidad están siendo aplicados por la jurisprudencia⁵⁷, situación que refleja el hecho que el ánimo de lucro es, no solo un elemento disruptivo, sino que además es volátil y ello conlleva grandes riesgos de inseguridad jurídica a la hora de resolver sobre casos concretos, que es, en última instancia, el sentido hacia el que debe proyectarse la dogmática penal, es decir, a cerrar los márgenes de discrecionalidad judicial y hacer más racionales las decisiones y no lo contrario⁵⁸.

2. Delito de malversación como un delito de apropiación, que no de enriquecimiento. Innecesaridad del ánimo de lucro en los delitos de malversación

Coincido con la idea de quienes sostienen que el elemento del ánimo de lucro es un elemento prescindible sobre todo en los delitos que suponen la apropiación. Así, en la doctrina alemana se pone de manifiesto que en el delito de apropiación indebida se exige la apropiación de la cosa y no el mero propó-

⁵⁵ Lo cual es sumamente criticable pues podría conllevar a una vulneración del principio de presunción de inocencia. Al respecto, entre otros: OLIVEROS ROSELLÓ, en: GONZÁLEZ CUSSAC: Dir., Los delitos de los funcionarios públicos con el CP 1995, CGPJ, 1996, 295 s.

⁵⁶ GARCÍA ARÁN, Hurto, 1998, 128 s.

⁵⁷ Actualmente, en la jurisprudencia a favor de la interpretación estricta económica subjetiva: STS 60/2023, 7-02. Sosteniendo una interpretación económica objetiva: ATS 2368/2023, 12-01; ATS 20107/2023, 13-02. Aplicando la interpretación amplia: STS 507/2020, 14-10.

⁵⁸ Con ulteriores referencias, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LH-Luzón Peña, t. I, 2020, 129 ss,

sito de apropiación⁵⁹. Sobre esto, particularmente en el delito de malversación por apropiación del artículo 432 CP, estoy a favor de que se atienda al propio significado de lo que es «apropiación»⁶⁰ como elemento exigido por el tipo objetivo mismo, sin que haya lugar a ir más allá con la introducción de elementos subjetivos adicionales. La razón que apoya tal afirmación se basa no solo en los argumentos ya presentados por los abanderados de este tipo de posturas, sino en que además la no inclusión del ánimo de lucro pondría el acento en lo que precisamente quiere evitar en el delito de malversación, que no es otra cosa que la merma del patrimonio público y en su no destinación a usos privados o ajenos a la función pública.

De este modo, resta trascendencia a la cuestión del bien jurídico *patrimonio público y su correcta gestión* –una de las aristas del bien jurídico del delito de malversación– el hecho de exigir como requisito un elemento subjetivo adicional al dolo como cualquiera de las formas en las que tradicionalmente se ha entendido el ánimo de lucro, particularmente la que pretendió ser el sentido de este según el legislador de 2022, esto es, el ánimo de enriquecimiento. Una tal versión del lucro para los delitos de malversación desvía la atención de lo trascendente de la cuestión que es la protección del patrimonio público frente ataques dolosos de terceros⁶¹, puesto que esta modalidad de malversación no se funda en la idea de enriquecimiento sino en la mera apropiación.

En conclusión, si bien el patrimonio público es en última instancia el que resulta afectado con la conducta malversadora del artículo 432 CP, no es dable concluir que se trate en exclusiva de un delito patrimonial y en este sentido el funcionario que tiene la competencia para la gestión de los caudales compromete la correcta gestión del patrimonio y no solo el patrimonio⁶². Incluir un elemento como el ánimo de lucro que pueda ser interpretado como la necesidad de probanza de una suerte de intención de enriquecimiento no le hace fa-

⁵⁹ SILVA CASTAÑO, El delito de apropiación indebida y la administración desleal de dinero ajeno, 1997, 164.

⁶⁰ Por fortuna con la LO 14/2022 se mejora la redacción del delito del art. 432 CP y se cambia el verbo rector «sustraer» como estaba antes de 2015, a «apropiarse» y, aunque así se venía entendiendo ya por la jurisprudencia y por la doctrina, parece que la regulación actual es una admisión puesta por escrito de una mejor técnica legislativa en lo que a propiedad en los términos se refiere.

⁶¹ Así, además, cabe entenderse de la Decisión Marco 2003/658/JAI del Consejo y el Convenio relativa a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados Comunidades Europeas o de los Estados Miembros de la Unión Europea y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, 3 de mayo de 2023/0135 (COD), que pone el acento de la conducta malversadora en la apropiación o el desvío presupuestal, sin necesidad de que esté precedida por ningún ánimo adicional.

⁶² ROCA AGAPITO, El delito de malversación de caudales públicos, 1999, 162; CASTRO MORENO, La malversación de caudales en el código penal de 1995, 2001, 54.

vor alguno al bien jurídico objeto de protección⁶³. Bien es cierto que también se ha interpretado que el ánimo de lucro debe entenderse en este caso como ánimo de apropiación y que ello es coherente en lo que respecta al art. 432 CP con la exigencia del verbo rector de realizar una conducta apropiatoria; sin embargo, la no unanimidad doctrinal y jurisprudencial respecto de su alcance hace que el ánimo de lucro sea un elemento inseguro que puede acarrear decisiones contradictorias ante hechos similares. Por otra parte, si el ánimo de lucro es igual a ánimo de apropiación o incluso si se interpreta de manera amplia en los términos arriba presentados, entonces carece de utilidad introducir un elemento que en última instancia poco o nada aporta y ello no es más que un reconocimiento de su condición de superfluo en el tipo penal, de ahí que considero que, de *lege ferenda*, lo más apropiado sería su exclusión del art. 432 CP o, en su defecto, que el legislador dejara claro y expresamente dispuesto en la ley, cuál es el sentido que debe dársele a tal elemento.

⁶³ ROCA AGAPITO, Malversación, 1999, 201.

CAPÍTULO LV

ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DE LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA 14/2022, DE 22 DE DICIEMBRE, EN RELACIÓN CON «LAS ESTAFAS»

IGNACIO F. BENÍTEZ ORTÚZAR

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Jaén

I. INTRODUCCIÓN

Se ha hablado y escrito mucho acerca de los derroteros político-criminales por lo que ha caminado la elaboración y entrada en vigor de la LO 14/2022, de 22 de diciembre, «*de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso*», en cuanto a la desaparición de los delitos de sedición y la nueva configuración de los delitos contra el orden público. Sin embargo, ha pasado casi desapercibido que la reforma afecta de lleno a los fraudes patrimoniales y que, con seguridad, va a provocar interpretaciones jurisprudenciales contradictorias.

La LO 14/2022, entre otros múltiples y variados objetivos, viene a transponer la Directiva (UE) 2019/713, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo y por la que se sustituye la Decisión Marco

2001/413/JAI del Consejo¹. Debe advertirse, de inicio, que esta Directiva (UE) 2019/713 recoge de modo unitario la utilización fraudulenta y la falsificación de «cualquier instrumento de pago, material o inmaterial, distinto al efectivo»², mientras que en su transposición al ordenamiento interno el legislador español ha mantenido la tradicional separación entre las defraudaciones, ubicadas entre los delitos patrimoniales³, y las «falsedades»⁴, donde el bien jurídico protegido colectivo el tráfico jurídico y, siendo objeto material del delito un medio de pago, material o inmaterial, el tráfico jurídico en el mercado de pagos nacional o internacional⁵. Esta técnica legislativa ha derivado en la inclusión en ambos capítulos de figuras delictivas coincidentes, con presupuestos punitivos, sin embargo, muy diferentes, dando lugar a situaciones concursales innecesarias.

En el marco de «las estafas», que es a lo que se van a dedicar estas reflexiones, se modifican los artículos 248 y 249 CP, agrupando ahora en el artículo 249 CP un conjunto de actividades fraudulentas variadas que cada vez se van alejando más de la estafa tradicional y que se va pareciendo más a esos «otros engaños» distintos a la estafa que acompañaban a la rúbrica de la sección en otros Códigos penales pretéritos. Así, el Art 249 CP queda como sigue:

a. El artículo 249.1 CP recoge lo que pueden denominarse «estafas impropias», en tanto se señala que «también se consideran reos de estafas»: a). La estafa cometida mediante manipulación informática y otras conductas relacionadas con los medios informáticos aptos para cometer fraudes; y b) La utilización indebida de tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualquier otro instrumento de pago material o inmaterial distinto al efectivo, o los datos obrantes en cualquiera de ellos.

b. El artículo 249.2 CP equipara a los delitos de estafa dos grupos de conductas dispares, que denominamos «tipos asimilados a las estafas impropias». En el apartado a) eleva a la categoría de «estafa» lo que no son más que meros actos preparatorios de las «estafas impropias» tipificadas en el ar-

¹ En adelante, Directiva (UE) 2019/713.

² Entendiendo por «instrumento de pago distinto del efectivo», *«un dispositivo, objeto o registro protegido, material o inmaterial, o una combinación de estos, exceptuada la moneda de curso legal, que, por sí solo o en combinación con un procedimiento o conjunto de procedimientos, permite al titular o usuario transferir dinero o valor monetario incluso a través de medios digitales de intercambio»*.

³ Sección primera, «de las estafas», del Capítulo VI, «de las defraudaciones», del título XIII, «de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico» del libro segundo CP.

⁴ Capítulo primero del Título XVIII del Libro segundo CP, «de la falsificación de moneda y efectos timbrados».

⁵ En este sentido MORILLAS CUEVA, en, Morillas Cueva (coord.), Sistema de Derecho Penal. Parte Especial. Madrid 2021, página 1156.

título 249.1.a) CP. Por su parte, en el apartado b) tipifica como delito autónomo lo que no lo que no sería más que el hurto, robo o apropiación indebida de tarjetas de crédito o débito u otros medios de pago distintos al efectivo, con la finalidad de utilizarlos con finalidad fraudulenta. Conducta que también podría calificarse, en determinados casos, como actos preparatorios de las estafas impropias del artículo 249.1.b) CP.

c. El artículo 249. 3 CP castiga otros comportamientos relacionados con las tarjetas de crédito o débito y otros medios de pago distintos al efectivo, tales como la posesión, adquisición, transferencia, distribución, o poner a disposición de terceros –no recogidos en el artículo 249.2.b)– con la intención de usarlos de forma fraudulenta. En estos casos se prevé una pena atenuada respecto de los anteriores apartados del artículo 249 CP, imponiendo la pena en su mitad inferior.

Debe advertirse, de inicio, una consecuencia que no debe pasar desapercibida en la modificación formal de la estructura de las distintas figuras delictivas recogidas en la sección. Esto es, con el paso a regular en el artículo 248 CP las estafas propias como una norma penal completa, con su supuesto de hecho y su consecuencia jurídica, con la previsión del delito leve de estafa cuando el valor de lo defraudado sea inferior a 400 €, dicho tipo atenuado queda limitado a la estafa propia del 248 CP (y, en su caso, a la administración desleal y a la apropiación indebida por la remisión expresa a las penas del artículo 248 CP). De forma, aun no existiendo violencia ni intimidación ni fuerza en las cosas, para estas otras modalidades fraudulentas distintas a la estafa común, el legislador ha eliminado el delito leve, pasando todas las conductas –al margen de la cuantía defraudada– a ser consideradas delitos menos graves, al recoger expresamente el artículo 249.1 CP, lo siguiente: *«también se consideran reos de estafa y serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años»*.

II. ESTAFAS IMPROPIAS

El nuevo artículo 249.1 CP señala que *«también se consideran reos de estafa»*, incluyendo dos tipos de actividades fraudulentas contra el patrimonio ajeno: a) Los fraudes patrimoniales cometidos mediante algún tipo de manipulación informática; y b) La utilización fraudulenta de tarjetas de crédito o débito, de cheques de viaje o de otro medio de pago distinto al efectivo.

1. Fraudes por procedimientos informáticos

El artículo 249.1.a) CP: dispone que *«también se consideran reos de estafa y serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años» «los que, con ánimo de lucro, obstaculizando o interfiriendo indebidamente en el funcionamiento de un sistema de información o introduciendo, alterando, borrando, transmitiendo o suprimiendo indebidamente datos informáticos o valiéndose de cualquier otra manipulación informática o artificio semejante, consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro».*

La formulación típica es consecuencia de la incorporación en el ordenamiento interno de los apartados a) y b) del artículo 6 de la Directiva (UE) 2019/713⁶ y su concordancia con la directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información, con la que se pretende aproximar las normas de los estados miembros de la Unión Europea en materia de ataques contra los sistemas de información, mediante el establecimiento de normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y las sanciones aplicables, y mejorar la cooperación entre las autoridades competentes. Para ello, dispone la Directiva (UE) 2019/713, es necesario, *«llegar a un enfoque común respecto de los elementos constitutivos de las infracciones penales introduciendo las infracciones comunes de acceso ilegal a un sistema de información, de intromisión ilegal en el sistema y de interceptación ilegal».*

La formulación típica, en cualquier caso, es análoga a la estafa común: a. *«Actuar con ánimo de lucro; b. Con una modalidad comisiva asimilada al engaño bastante-error abierta: «obstaculizando o interfiriendo indebidamente en el funcionamiento de un sistema de información o introduciendo, alterando, borrando, transmitiendo o suprimiendo indebidamente datos informáticos o valiéndose de cualquier otra manipulación informática o artificio semejante»; c) Con la provocación del acto asimilado al acto de disposición derivado del «engaño bastante-error»; d) «Consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial»; e) En perjuicio ajeno: en «perjuicio de otro».* A diferencia de la estafa propia, que indica en perjuicio «pro-

⁶ *«la realización o causación de una transferencia de dinero, de valor monetario o de moneda virtual, con el ánimo de procurar un beneficio económico ilícito para el autor o un tercero ocasionando en consecuencia un perjuicio patrimonial ilícito a otra persona, sea punible como infracción penal cuando se haya cometido intencionadamente: a) sin derecho a ello, obstaculizando o interfiriendo indebidamente en el funcionamiento de un sistema de información; b) sin derecho a ello, introduciendo, alterando, borrando, transmitiendo o suprimiendo indebidamente datos informáticos».*

pio o ajeno», en las «estafas informáticas» el perjuicio siempre es «de otro», al no existir una víctima colaboradora sujeto del engaño bastante.

Se trata de una transferencia de un activo patrimonial en sentido contable. En eso se asemeja a la estafa común, si bien, «virtual». No obstante, esta «virtualidad» rompe con el propio concepto de estafa al no existir la relación de causalidad engaño-error-acto de disposición. Se configura como un delito común, en el sujeto activo puede ser cualquiera. Es un delito de resultado, en el que cabe la tentativa.

2. La utilización fraudulenta de tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje u otros medios de pago, materiales o inmateriales, diferentes al efectivo

La LO 5/2010 introdujo el artículo 248.2.c) CP –que se corresponde con el actual artículo 249.1.b) CP–, por el que «*también se consideran reos de estafa y serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años*» a los que –que tras la reforma operada por LO 14/2022, de 22 de diciembre–, «utilizando de forma fraudulenta tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualquier otro instrumento de pago material o inmaterial distinto del efectivo o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero», incluyendo de este modo cualquier medio de pago, material o inmaterial, distinto al efectivo, abarcando actividades fraudulentas llevadas a cabo con cualquier tipo de moneda virtual, de criptoactivos y de operaciones llevadas a cabo a través del llamado «monedero electrónico».

La reforma tiene su origen en el artículo 3 de la Directiva (UE) 2019/713⁷, si bien, ésta exige sólo la utilización fraudulenta del medio de pago distinto al efectivo que haya sido objeto de robo o de otra forma de apropiación o de obtención ilícita, o que haya sido alterado o falsificado, circunstancias previas que no son exigidas por el tipo descrito en el artículo 249.1.b) CP, abarcando un ámbito típico más amplio –por tanto– incluyendo cuando la utilización fraudulenta se da sobre dichos medios de pago distintos al efectivo son auténticos⁸. Con la fórmula amplia utilizada por el legislador para ser considerado «reo de

⁷ Artículo 3.a) «*la utilización fraudulenta de un instrumento de pago distinto del efectivo que haya sido objeto de robo o de otra forma de apropiación u obtención ilícita*»; b) «*la utilización fraudulenta de un instrumento de pago distinto del efectivo falsificado o alterado*»

⁸ Al respecto, también, GONZÁLEZ CUSSAC, en González Cussac (Coord.) Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código Penal, Valencia 2023, p. 49.

estafa», todas las operaciones fraudulentas realizadas con tarjetas, cheques de viaje o cualquier otro medio de pago material o inmaterial distinto al efectivo, o con los datos incorporados en ellos, pasan a ser consideradas estafas impropias del artículo 249.1b) CP-. Así, por ejemplo, las Sentencias de las Audiencias Provinciales de las Islas Baleares, Sección 1.^a, 28/2019, de 29 de marzo (utilizando una tarjeta en la que se habían incluido los datos de un tercero), de Navarra, Sección 1.^a, 301/2018, de 21 de diciembre y de Cantabria, Sección 1.^a, 347/2018, de 14 de septiembre (utilizando en cajeros y comercios la tarjeta del denunciante), de Vizcaya, Sección 2.^a, 5/2018, de 31 de enero, (en concurso de normas con el delito de falsedades del artículo 399 bis CP, al realizar compras con una tarjeta clonada), de Madrid, Sección 5.^a, 64/2017, de 17 de julio, (por realizar transferencias con cargo a la tarjeta de otro), de Madrid, Sección 4.^a, 222/2017, de 18 de mayo (por la empleada de hogar que, conociendo el número secreto de la empleadora, extraía dinero del cajero), o de Madrid, Sección 29.^a, 193/2016, de 20 de abril (por realizar dos compras a través de internet mediante los datos de las tarjetas bancarias de la víctima), entre otras muchas.

La exigencia de una «utilización de forma fraudulenta» de estos medios de pago distintos al efectivo, mantiene una cierta relación con el «engaño bastante» de la estafa propia, en tanto que el tipo limita el ámbito de relevancia penal a su «utilización forma fraudulenta» y según la RAE «fraudulenta-o» es un adjetivo que indica una utilización «engañosa, falaz», siendo falaz algo «falso», «que halaga y atrae con falsas apariencias», por lo que la «utilización de forma fraudulenta» debe interpretarse como la utilización de las tarjetas, cheques de viaje o medios de pago distintos al efectivo, de forma engañosa o con falsas apariencias. Es decir, la actividad engañosa sigue manteniéndose en el eje central de esta modalidad de estafa impropia. Ahora bien, a diferencia de la estafa propia del artículo 248 CP, esta modalidad fraudulenta no exige ánimo de lucro.

Se configura como un delito común. Se trata de un delito de resultado, en el que es posible la tentativa, si bien en algunos casos se podrá provocar un concurso aparente de normas penales con el tipo del artículo 249.2.b) CP, que equipara penológicamente la sustracción o adquisición ilícita de tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje u otros medios de pago distintos al efectivo, para su utilización posterior fraudulenta, con la propia utilización fraudulenta iniciada pero frustrada, propia de la tentativa del delito del artículo 249.1.b) CP. No obstante, una interpretación literal de los artículos 249.1.b) CP y 249.2.b) CP, obliga a plantear un concurso real de delitos (o en su caso medial) entre el delito de sustracción o apoderamiento ilícito de una tarjeta de crédito o débito, cheque de viaje, o de cualquier medio de pago distinto al efectivo,

para su posterior utilización fraudulenta (art. 249.2.b), con el tipo de ejecución (tentado o consumado) que exige el inicio de la de la utilización fraudulenta de dicho medio de pago distinto al efectivo, dando lugar a una exasperación punitiva no deseable, además de situaciones concursales anómalas. Así la simple sustracción de una tarjeta de crédito para una posterior utilización fraudulenta que no llega a ejecutarse (que no deja de ser un acto preparatorio de un delito en el que no comienza la fase ejecutiva) sería calificada como un delito autónomo del artículo 249.2.b) CP, con pena de seis meses a tres años de prisión. Ahora bien, la utilización fraudulenta de una tarjeta a la que se ha tenido acceso por quien no ha participado en su sustracción o apoderamiento pero que no ha llegado a producir el resultado lesivo sobre el patrimonio ajeno, debe ser calificada como una tentativa de delito del artículo 249.1.b) CP, con una pena inferior en uno o dos grados a la prevista para el hecho principal, es decir, de tres a seis meses de prisión como máximo.

Las situaciones concursales se hacen más complejas si se analizan conjuntamente estos tipos ubicados entre los delitos de estafas con otros tipos que tienen también su origen en la trasposición de los artículos 4b)⁹ y 5b)¹⁰ de la Directiva (UE) 2019/713, que el legislador español ha incluido entre las falsedades. Este es el caso en el que el medio de pago distinto al efectivo obtenido para su utilización fraudulenta no tiene su origen en un delito previo contra la propiedad (sustracción o apropiación ilícita), sino en una falsificación previa. Así, el artículo 399.1 CP, tras la reforma operada por LO 14/2022 castiga con penas de prisión de 4 a 8 años a quien «*altere, copie, reproduzca o de cualquier otro modo falsifique tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualquier otro instrumento de pago, distinto al efectivo*»¹¹. De tal modo que la alteración, copia, reproducción o cualquier otro tipo de falsificación de un instrumento de pago (material o inmaterial) distinto al efectivo, se configura como un tipo autónomo distinto al de su utilización fraudulenta, con bienes jurídicos tutelados distintos (seguridad en el tráfico jurídico, en el caso de las falsedades, y el patrimonio, en el caso de las defraudaciones). Así una posterior utilización del instrumento de pago distinto al efectivo alterado o falsificado por quien es responsable de su falsificación dará lugar a un concurso real (o, en su caso, medial) de delitos, entre el delito falsario y el deli-

⁹ «*La falsificación o alteración fraudulenta de un instrumento de pago material distinto del efectivo*».

¹⁰ «*La falsificación o alteración fraudulenta de un instrumento de pago inmaterial distinto del efectivo*».

¹¹ Siendo la pena de seis a ocho años de prisión «cuando los efectos falsificados afecten a una pluralidad de personas o cuando los hechos se comentan en el marco de una organización criminal dedicada a estas actividades».

to patrimonial¹². Dando lugar a una exasperación punitiva muy superior a la prevista en la Directiva (UE) 2019/713. La situación se hace más singular en el caso de la utilización del instrumento de pago distinto al efectivo alterado o falsificado por quien no ha tenido parte en la falsificación. Así, el artículo 399 bis.3 CP dispone lo siguiente: «*El que sin haber intervenido en la falsificación usare, en perjuicio de otro y a sabiendas de la falsedad, tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualesquiera otros instrumentos de pago distintos del efectivo falsificados, será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años*». En este caso se da claramente un concurso de aparente de normas entre la figura patrimonial del artículo 249.1.b) CP y la figura supuestamente «falsaria» del artículo 399.3 CP, siendo de aplicación ésta última por prever una pena más grave.

III. TIPOS ASIMILADOS A LAS «ESTAFAS IMPROPIAS»

La L.O. 14/2022 reorganiza la estructura de los fraudes patrimoniales que equipara punitivamente a la estafa, diferenciando los tipos recogidos en el apartado primero del nuevo artículo 249 CP de los de su apartado segundo (y ambos del tipo recogido en el apartado 3 de dicho artículo 249.3 CP). Así, si bien artículo 249.1 CP comienza afirmando que «también se consideran reos de estafa...», el artículo 249.2 CP afirma que «con la misma pena prevista en el apartado anterior serán castigados...». Así, el legislador distingue aquellas conductas por las que el sujeto será considerado reo de estafa, que se han denominado «estafas impropias», tipificadas en el artículo 249.1 CP, de aquellas otras que sin ser considerado «reo de estafa» será merecedor de una pena equivalente a la de la estafa.

El artículo 249.2 CP incluye aquí dos supuestos diferentes: a) una serie de conductas relacionadas con los medios informáticos para cometer fraudes patrimoniales; b) eleva a categoría asimilada a la estafa la sustracción o apropiación ilegal de tarjetas, cheques de viaje o instrumentos de pago distintos al efectivo, con la finalidad de su posterior utilización fraudulenta.

¹² BORJA JIMÉNEZ considera que en este caso se da un concurso de normas penales, por entender que el bien jurídico protegido en el art. 399bis3 CP, es patrimonial., en González Cussac (Coord.) Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código Penal, Valencia 2023, p. 140.

1. Conductas relacionadas con los medios informáticos aptos para cometer fraudes

El art. 249.2.a) CP eleva a categoría de delito autónomo una serie de conductas relacionadas con los medios informáticos aptos para cometer fraudes, que conformarían más bien actos preparatorios de los fraudes patrimoniales recogidos en el apartado primero del artículo 249 CP; principalmente para la modalidad de estafa informática del apartado primero, pero no exclusivamente. Tras la LO 14/2022 el artículo 249.1.a) –concordante parcialmente con el derogado artículo 248.2.c) CP) tiene la siguiente redacción: «*Los que fabricaren, importaren, obtuvieren, poseyeren, transportaren, comerciaren o de otro modo facilitaren a terceros dispositivos, instrumentos o datos o programas informáticos, o cualquier otro medio diseñado o adaptado específicamente para la comisión de las estafas previstas en este artículo*».

A diferencia de la estafa propia y de las estafas impropias, no se requiere resultado lesivo patrimonial alguno. El tipo procede de una transcripción prácticamente literal del artículo 7 de la Directiva (UE) 2019/713¹³.

En este tipo se castigan un abanico de conductas cuando se realizan con finalidades exclusivamente defraudatorias, elevándose a la categoría de delito autónomo unos simples actos preparatorios dirigidos a realizar alguno de los tipos de estafa impropia (informática o relativa a las tarjetas de crédito o débito, cheques de viajes o instrumentos de pago distintos al efectivo), en tanto que se refiere a las «estafas previstas en este artículo» 249 CP. Se excluyen, por tanto, las conductas llevadas a cabo con la finalidad de realizar actos constitutivos de estafas comunes del artículo 248 CP, pues el tipo se refiere a las estafas «previstas en este artículo».

Se anticipa el momento de la intervención penal por la preocupación que muestra el legislador en relación con las conductas llevadas a cabo con programas informáticos, ya que son un instrumento de gran potencial lesivo tanto por el número de personas que pueden verse afectadas como por el volumen económico que puede alcanzar la defraudación. La formulación que ofrece la reforma de 2022 amplía aun más el abanico de conductas punibles al utilizar una fórmula abierta al incluir junto a los dispositivos, instrumentos o programas informáticos a «cualquier otro medio diseñado o adaptado específicamente

¹³ «Las medidas necesarias para garantizar que la producción, exportación, importación, venta, transporte o distribución, o la puesta a disposición de terceros, de un dispositivo o instrumento, datos informáticos o cualquier otro medio diseñado principalmente, o adaptado específicamente, para cometer cualquiera de las infracciones a que se refiere el art. 4, letras a) y b), el art. 5, letras a) y b) o el art. 6, al menos cuando se cometan con la intención de que se utilicen dichos medios sean punibles como infracción penal».

para la comisión de las estafas previstas en este artículo», abarcando así a otros instrumentos relacionados con la moneda virtual, las criptomonedas y cualquier otro instrumento de valor patrimonial en el ciberespacio.

En cuanto a las conductas descritas, abarcan un abanico muy amplio que iría desde simples actos preparatorios de alguna de las estafas impropias del artículo 249 CP hasta actos de participación (cooperación necesaria o complicidad, dependiendo del grado de participación) las mismas; donde también se incluye la incriminación de meras sospechas de la comisión de futuras estafas (es muy peligroso especialmente el castigo de la simple posesión de programas informáticos que fueron adaptados específicamente para la comisión de esas estafas), o de programas informáticos (u otros mecanismos) tendentes a facilitar las conductas fraudulentas llevadas a cabo –por ejemplo– con tarjetas de crédito del artículo 249.1.b) CP, como podría ser un aparato dedicado clonar tarjetas de crédito o debito.

La conducta típica se concreta en fabricar, importar, obtener, poseer, transportar, comercializar o, de cualquier otro modo facilitar a terceros, el «instrumento» que les puede permitir realizar alguna de las conductas calificadas como estafas impropias. El tipo exige que dichos «instrumentos» estén diseñados o adaptados específicamente «para» la comisión de las estafas previstas en este artículo, hecho que, al ser una figura dolosa, deberá ser conocido por el sujeto activo del delito. En cualquier caso dicha finalidad forma parte de la descripción del objeto sobre el que recae la conducta típica, es decir, es el «instrumento» que se fabrica, posee, transporta, comercializa, importa o se pone a disposición de terceros el que fue concebido o adaptado específicamente para la comisión de estafas, sin que el tipo exija que dicha finalidad sea asumida por el sujeto activo del delito. La simple posesión del «instrumento» conociendo la finalidad para la que fue concebido permitirá la consumación del delito. Se configura así como un delito de peligro abstracto, muy alejado de la lesividad del bien jurídico, es decir, muy alejado de una hipotética defraudación futura. Lo que ha dado lugar a calificarlo como un delito de posesión¹⁴. En definitiva, los límites del tipo quedan completamente desfigurados, adquiriendo una proyección desmesurada que requerirá de una interpretación muy restrictiva por parte de la jurisprudencia, pues el tipo se proyecta sobre elementos ambiguos sin necesidad de un resultado típico: «por cualquier otro medio facilitare a terceros», «dispositivos», «instrumentos», «cualquier otro medio» «adaptado», etc. En todo caso, la aptitud para producir el perjuicio tí-

¹⁴ GONZÁLEZ CUSSAC, Comentarios..., 2023, p. 53.

pico debe residir en el propio «instrumento» sobre el que recae la conducta típica, no en la pericia del sujeto que lo utiliza.

La pena prevista es desproporcionada a pesar de configurarse como un delito de peligro abstracto, equiparándola a la del tipo básico de estafa, de prisión de seis meses a tres años.

En todo caso, va a dar problemas interpretativos de difícil solución en aquellos casos en los que concurran los elementos del artículo 249.2.a) CP con los del artículo 400 CP¹⁵, teniendo en cuenta la existencia de la cantidad de elementos comunes entre ambos, distinguiéndose exclusivamente ambos delitos en la finalidad para la que se han preordenado los útiles, programas, mecanismos y herramientas (para algunas de las estafas del 249 o para algunas de las falsedades del artículo 399 bis CP)¹⁶.

2. **Sustracción o adquisición fraudulenta de tarjetas, cheques de viaje o medios de pago diferentes al efectivo para causar fraudes.**

La LO 14/2022 recoge un tipo ex novo, resultado de una mala transposición de los artículos 4.a)¹⁷ y 5.a)¹⁸ de la Directiva (UE) 2019/713, asimilado en sus efectos penológicos a las estafas, con la siguiente redacción: «*Los que, para su utilización fraudulenta, sustraigan, se apropiaren o adquieran de forma ilícita tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualquier otro instrumento de pago material o inmaterial distinto del efectivo*». Se tipifica una modalidad concreta de sustracción u apropiación indebida o adquisición ilícita de las tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualquier otro instrumento de pago material o inmaterial distinto al efectivo, por lo que realmente se la conducta por la que llega a disposición del sujeto activo de este nuevo delito ya es una conducta típica, bien un constitutiva de un delito e robo o de hurto (en el caso de la sustracción), de apropiación indebida (en el caso de la apropiación ilícita) o de cualquier otra modalidad de delitos patrimoniales (a través

¹⁵ «La fabricación, recepción, obtención, tenencia, distribución, puesta a disposición o comercialización de útiles, materiales, instrumentos, sustancias, datos y programas informáticos, aparatos, elementos de seguridad o cualquier otro medio diseñado o adaptado específicamente para la comisión de los delitos descritos en los capítulos anteriores, se castigarán con la pena señalada en cada caso para los autores».

¹⁶ Al respecto vid. BORJA JIMÉNEZ, en González Cussac, Comentarios..., 2023, p. 140.

¹⁷ Artículo 4.a) «la sustracción o cualquier otra forma de apropiación ilícita de un instrumento de pago material distinto del efectivo»

¹⁸ «La obtención ilícita de un instrumento de pago inmaterial distinto al efectivo, al menos cuando la obtención haya supuesto la comisión de alguna de las infracciones a que se refieren los artículos 3 a 6 de la Directiva 2013/40(UE), o la apropiación indebida de un instrumento de pago inmaterial distinto al efectivo».

de una estafa común, por ejemplo). De tal forma, que siempre se dará un concurso de normas penales entre el delito base correspondiente y este novedoso delito de sustracción o adquisición fraudulenta de los instrumentos dedicados a futuras estafas impropias, siendo aplicable este tipo cuando la sustracción u otro tipo de apoderamiento de la tarjeta, cheque de viaje u medio de pago distinto al efectivo se realiza con una finalidad fraudulenta que debe de ser abarcada por el dolo del autor en el momento de la sustracción o apropiación ilícita («para su utilización fraudulenta»). Realmente, se pasa de lo que sería un simple delito leve de hurto o apropiación indebida (o de estafa, en su caso), por el valor residual de la tarjeta, cheque de viaje o instrumento de pago distinto al efectivo, a un delito menos grave autónomo castigado con penas de seis meses a tres años de prisión. La «intencionalidad de su posterior utilización fraudulenta», como elemento subjetivo del tipo, distinto del dolo de la sustracción o apoderamiento del instrumento de pago distinto al efectivo, es lo que hace que se de el tipo del artículo 249.2.b) CP.

Se trata, por tanto, de un delito de resultado respecto de la conducta ilícita con la que el «instrumento» llega a poder del sujeto activo, pero de peligro abstracto respecto de la utilidad fraudulenta, en tanto que sólo hace relevante la conducta respecto de este delito menos grave del artículo 249.2.b) CP cuando concurre finalidad con la que se llega ilícitamente a la posesión de la tarjeta, cheque de viaje o instrumento de pago distinto al efectivo. Lo cual, dogmáticamente es muy perverso, pues obliga a plantear un concurso medial de delitos, con el tipo del artículo 249.1.b) CP, cuando la utilización fraudulenta finalmente se ejecuta.

Por otra parte, cuando la sustracción o apoderamiento por cualquier otro medio ilícito de la tarjeta, cheque de viaje o instrumento de pago distinto al efectivo se realice con una finalidad distinta a la de su utilización fraudulenta, será aplicable el tipo correspondiente por la sustracción o apoderamiento de la cosa mueble dotada de un valor económico, atendiendo al valor de lo sustraído y a la modalidad concreta con la que se lleve a cabo la sustracción (si se produce con violencia o intimidación en las personas será aplicable el delito de robo en la modalidad que corresponda, en los demás casos será aplicable el correspondiente delito leve de hurto o apropiación indebida), aun cuando, con posterioridad a la sustracción o apoderamiento ilícito, surja la idea de su utilización fraudulenta. En este caso no será posible aplicar este nuevo tipo del art. 249.2.b) CP, porque la sustracción o apoderamiento no se ejecutó con la finalidad de su utilización fraudulenta posterior.

La pena prevista es a todas luces desproporcionada, equiparándola a la del tipo básico de estafa, de prisión de seis meses a tres años.

En algunos casos, también podrá plantarse alguna situación concursal con el tipo del art. 399.4 CP que prevé una pena de uno a dos años para *«el que, para su utilización fraudulenta y a sabiendas de su falsedad, posea u obtenga, para sí o para un tercero, cualquier otro instrumento de pago distinto del efectivo»*.

3. Tipo atenuado del tipo asimilado a la estafa impropia

Continuando con la transcripción prácticamente literal de los artículos 4.c)¹⁹ y d)²⁰ y 5 c)²¹ y d)²² la Directiva (UE) 2019/713, la L. O. 14/2022 configura en su artículo 249.3 CP un tipo penal de nuevo cuño, con la siguiente redacción: *«Se impondrá la pena en su mitad inferior a los que, para su utilización fraudulenta y sabiendo que fueron obtenidos ilícitamente, posean, adquieran, transfieran, distribuyan o pongan a disposición de terceros tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualesquiera otros instrumentos de pago materiales o inmateriales distintos del efectivo»*.

Una interpretación del tipo coordinada con los tipos previstos en el artículo 249.1 CP permite incluir en este tipo atenuado exclusivamente a aquellos sujetos que no han intervenido en la obtención ilícita de las tarjetas, cheques de viaje o cualesquiera otros instrumentos de pago materiales o inmateriales distintos al efectivo, en cuyo caso será aplicable el tipo del 249.2.b) CP. En este caso, la exasperación punitiva llega al sujeto que posee, adquiere, transfiere, distribuye o pone a disposición de terceros dichos instrumentos para su utilización fraudulenta, sin exigir tampoco que la actividad fraudulenta se lleve a cabo. Lo que se ha considerado como una especie de receptación específica, en la que, junto a la tenencia y el conocimiento de su procedencia ilegal, se añade el requisito consistente en una intención de usar los medios de pago diferentes al efectivo de modo fraudulento.

¹⁹ Artículo 4.c) «la posesión, para su utilización fraudulenta, de un instrumento de pago material distinto del efectivo que haya sido objeto de robo u otra forma de apropiación ilícita, o de falsificación o alteración.»

²⁰ Artículo 4.d) «la obtención, para uno mismo o para otra persona, incluida la recepción, apropiación, compra, transferencia, importación, exportación, venta, transporte o distribución, de un instrumento de pago material distinto del efectivo que haya sido robado, falsificado o alterado para su utilización fraudulenta.»

²¹ Artículo 5.c) «la posesión, para su utilización fraudulenta, de un instrumento de pago inmaterial distinto del efectivo que haya sido objeto de obtención ilícita, falsificación o alteración, al menos si el origen ilícito del instrumento se conocía en el momento de su posesión.»

²² Artículo 5.d) «la obtención, para uno mismo o para otra persona, incluida la venta, transferencia y distribución, o la puesta a disposición de terceros, de un instrumento de pago inmaterial distinto del efectivo que haya sido obtenido de manera ilícita, falsificado o alterado, para su utilización fraudulenta.»

La pena prevista para este tipo es la mitad inferior de la prevista para los delitos de los apartados anteriores. Esto es, la pena de prisión de seis meses a un año y nueve meses. Lo que supone una sanción absolutamente desproporcionada en tanto que el límite mínimo sigue siendo el previsto para los tipos de lesión al patrimonio ajeno considerados como estafas impropias del artículo 249.1 CP.

Debido a las similitudes típicas existentes entre los delitos ubicados entre las estafas y los delitos ubicados entre las falsedades derivados de la transposición de la Directiva (UE) 2019/713, en bastantes casos habrá que analizar si, además, concurre el tipo previsto en el artículo 399.4 CP, que dispone lo siguiente: *«El que, para su utilización fraudulenta y a sabiendas de su falsedad, posea u obtenga, para sí o para un tercero, tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualquier otro instrumento de pago distinto del efectivo será castigado con pena de prisión de uno a dos años»*.

CAPÍTULO LVI

INTERROGANTES EN TORNO AL NUEVO DELITO DE ACOSO SEXUAL CALLEJERO

CAROLINA BOLEA BARDON

Acred. Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Barcelona

I. INTRODUCCIÓN

El legislador español decide en el año 2022 incriminar el acoso callejero. Así se denomina en el Preámbulo a la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, que lo introduce *ex novo* en el Código penal. Lo primero que se advierte en relación con este nuevo delito es un déficit de motivación. En el mencionado Preámbulo no se explica la razón de su inclusión en el Código penal. En el título preliminar de la LO 10/2022 únicamente se dice que el acoso callejero se considera una modalidad de violencia sexual, pero, curiosamente, se coloca entre los delitos contra la integridad moral, y no entre los delitos contra la libertad sexual¹. Lo segundo que llama la atención es que se configure como una nueva modalidad de acoso, cuando no reúne algunos de los elementos de la noción de acoso exigidos para el resto de las modalidades

¹ * Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación: «Violencia extrema sobre la mujer: respuesta penal y alternativas para la prevención», del que soy investigadora principal (VEM, PID2022-140170NB-I00).

El artículo 3 del Título Preliminar de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, dice textualmente: «En todo caso se consideran violencias sexuales los delitos previstos en el Título VIII del Libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso con connotación sexual y la trata con fines de explotación sexual».

previstas en el Código penal. En tercer lugar, la incriminación de este fenómeno criminológico puede generar numerosas dudas: expresiones como «tía buena» o «te voy a hacer una mujer» ¿deben ser a partir de ahora consideradas delito? ¿tiene importancia el lugar en el que las expresiones son proferidas (p. ej. en la calle o en una discoteca)? ¿puede el atractivo de un hombre condicionar la forma de percibir el piropo por parte de la mujer? ¿puede esta forma de acoso estar ligada a un contexto cultural específico (propio de países latinos)?

En este trabajo se intentará dar respuesta a algunas de estas preguntas. Para ello, se procederá, en primer lugar, a examinar si existen otros países de nuestro entorno cultural que hayan optado por incriminar este tipo de conductas (II). En segundo lugar, se analizarán las razones que han podido llevar al legislador español a crear este nuevo delito (III). En tercer lugar, se abordarán algunos de los argumentos que se han empleado desde la psicología social para legitimar esta nueva figura (IV). En cuarto lugar, se intentará esclarecer cuál es bien jurídico protegido (V). Y, por último, se ofrecerán criterios de interpretación del tipo (VI).

II. EL ACOSO CALLEJERO EN EL DERECHO COMPARADO

Al examinar las legislaciones de los países de nuestro entorno cultural, lo primero que se advierte es que son varios los Estados que han introducido el acoso callejero en su regulación interna. Sin embargo, solo unos pocos han optado por sancionarlo por la vía penal, decantándose otros por la vía administrativa. En el ámbito latinoamericano el primer país en incorporar esta figura en su legislación fue Perú. El Congreso de la República aprobó en marzo de 2015 la Ley 30314 para prevenir y sancionar el acoso sexual en espacios públicos. La ley tiene por objeto prevenir y sancionar el acoso sexual producido en espacios públicos que afectan los derechos de las personas, en especial los derechos de las mujeres (art. 1.º). La mencionada ley aporta una definición de acoso sexual en espacios públicos, pero no introduce sanciones penales, sino que se configura como una contravención específica en el Código Administrativo de Contravenciones de la Policía del Perú². En Uruguay se promulga en diciembre de 2017 la Ley 19.580, de violencia hacia las mujeres basada en el género. En dicha ley se ofrece una definición de acoso sexual callejero, pero

² Según el artículo 4.º Ley 30314: «es la conducta física o verbal de naturaleza o connotación sexual realizada por una o más personas en contra de otra u otras, quienes no desean o rechazan estas conductas por considerar que afectan su dignidad, sus derechos fundamentales como la libertad, la integridad y el libre tránsito, creando en ellas intimidación, hostilidad, degradación, humillación o un ambiente ofensivo en los espacios públicos».

no se tipifica como delito³. En Argentina en abril de 2019 se promulgó la ley 27.501 que incorporó el acoso callejero a la Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres (ley 26.485) como modalidad de violencia hacia la mujer⁴. Cabe advertir que la modificación aludida no incluye aspectos penales. A diferencia de los países anteriores, Chile incorpora el acoso callejero como delito en el Código penal en mayo de 2019 y lo castiga con una pena de prisión y multa⁵.

En el ámbito de la UE el primer país en aprobar una regulación específica en esta materia fue Bélgica. En mayo de 2014 se aprobó la Ley de lucha contra el sexismo en el espacio público. La ley belga concibe el acoso callejero como un atentado contra la dignidad y lo castiga con una pena de prisión de un mes a un año y multa de cincuenta euros a mil euros, o con una sola de estas penas, siempre que el atentado sea grave⁶. En la legislación portuguesa el acoso sexual callejero se incorporó en el Código penal en 2015. Se ubica entre los delitos contra la libertad sexual y se castiga con una pena máxima de un año de prisión o con una multa máxima de 120 días⁷. Cabe advertir que el legislador portugués

³ El artículo 6.K de la Ley 19.580 define el acoso sexual callejero como «todo acto de naturaleza o connotación sexual ejercida en los espacios públicos por una persona en contra de una mujer sin su consentimiento, generando malestar, intimidación, hostilidad, degradación y humillación».

⁴ El artículo 1.º de la ley 27.501 define la «violencia contra las mujeres en el espacio público» como «aquella ejercida contra las mujeres por una o más personas, en lugares públicos o de acceso público, como medios de transporte o centros comerciales, a través de conductas o expresiones verbales o no verbales, con connotación sexual, que afecten o dañen su dignidad, integridad, libertad, libre circulación o permanencia y/o generen un ambiente hostil u ofensivo». Asimismo, en su art. 4.º, insta a las fuerzas policiales y de seguridad a actuar en protección de las mujeres víctimas de violencia de género cuando la violencia ocurre en el espacio público o de acceso público.

⁵ La Ley n.º 21.153 Modifica el Código penal para tipificar el delito de acoso sexual en espacios públicos, incorporando el artículo 494 ter: «Comete acoso sexual el que realizare, en lugares públicos o de libre acceso público, y sin mediar el consentimiento de la víctima, un acto de significación sexual capaz de provocar una situación objetivamente intimidatoria, hostil o humillante, y que no constituya una falta o delito al que se imponga una pena más grave, que consistiere en: 1. Actos de carácter verbal o ejecutados por medio de gestos. En este caso se impondrá una multa de una a tres unidades tributarias mensuales. 2. Conductas consistentes en acercamientos o persecuciones, o actos de exhibicionismo obsceno o de contenido sexual explícito. En cualquiera de estos casos se impondrá la pena de prisión en su grado medio a máximo y multa de cinco a diez unidades tributarias mensuales».

⁶ El artículo 2 de la Ley de 22 de mayo de 2014 de lucha contra el sexismo en el espacio público por la que se modifica la Ley de 10 de mayo de 2007 de lucha contra la discriminación entre hombres y mujeres de Bélgica, establece: «A los efectos de la presente Ley, se entenderá por sexismo cualquier gesto o comportamiento que, en las circunstancias a que se refiere el artículo 444 del Código Penal, tenga claramente por objeto expresar desprecio hacia una persona por razón de su sexo o considerarla, por la misma razón, como una persona que está expresando desprecio hacia una persona por razón de su sexo o considerarla, por el mismo motivo, como inferior o como reducida esencialmente a su dimensión sexual y que suponga un atentado grave contra su dignidad».

⁷ El art. 170 del Código penal portugués (*Importunação sexual*) establece: «El que acose a otra persona realizando actos exhibicionistas, haciéndole proposiciones sexuales o coaccionándola para que tenga contacto sexual, será castigado con una pena máxima de un año de prisión o con una multa máxima de 120 días, si no fuera aplicable una pena más grave en virtud de otra disposición legal».

ha incluido en un mismo precepto, el que tipifica el acoso sexual, conductas de muy distinta significación e importancia. En Francia se introduce el ultraje sexista en el año 2018 en el Código penal, castigándose como infracción (*contravention*) con una multa⁸. Más recientemente, La Ley de 24 de enero de 2023 derogó este artículo para crear el nuevo artículo 222-33-1-1, que entró en vigor abril de 2023, con el objetivo reforzar el castigo de esta infracción y aumentar la cuantía de la multa⁹. La conducta típica descrita en el nuevo art. 222-33-1-1 del Código penal francés consiste en «imponer a una persona cualquier comentario o comportamiento con connotación sexual o sexista que atente contra su dignidad por ser degradante o humillante, o le cree una situación intimidatoria, hostil u ofensiva, cuando se cometa este acto». Esta es, como más adelante se podrá comprobar, la redacción legal que más se aproxima al delito de acoso callejero creado recientemente por el legislador español.

III. RAZONES PARA SU INCRIMINACIÓN

Todo apunta a que la razón principal que ha llevado al legislador a crear esta nueva figura delictiva es acabar con el hábito de lanzar piropos en la vía pública (*catcalling* en el mundo angloamericano). Se trata de una práctica realizada mayoritariamente por hombres y que afecta de forma mayoritaria a mujeres¹⁰. Sin embargo, lo llamativo en esta ocasión es que la iniciativa no parte de organizaciones políticas, sino de agentes de la sociedad civil¹¹. Desde los años 80 diversas corrientes feministas vienen denunciando el acoso callejero en la vía

⁸ La Ley n.º 2018-703 de 3.08.2018, por la que se refuerza la lucha contra las violencias sexuales y sexistas, incorporó el ultraje sexista (*outrage sexiste*) en el artículo 621-1 del Código penal francés, estableciendo en su párr. I: «Constituye ultraje sexista el hecho de imponer a una persona, fuera de los casos previstos en los artículos 222-13, 222-32, 222-33 y 222-33-2-2, cualquier comentario o comportamiento de connotación sexual o sexista que, o bien atente contra su dignidad por su carácter degradante o humillante, o bien cree una situación intimidatoria, hostil u ofensiva contra ella». Y en su párr. II: «El ultraje sexista se castiga con la multa prevista para los delitos de 4.ª clase. Esta infracción puede estar sujeta a las disposiciones del Código de Procedimiento Penal relativas a las multas fijas, incluidas las relativas a la multa fija reducida».

⁹ El artículo 14 de la Ley n.º 2023-22 de 24 de enero sobre orientación y programación del Ministerio del Interior tipifica como delito el desprecio sexista y sexual agravado a partir de abril de 2023, mientras que hasta entonces se trataba de una infracción penal (*contravention*) de 5.ª clase. El nuevo artículo 222-33-1-1 se refiere únicamente al ultraje sexista agravado, que se incorpora al Código Penal después de la violación, la agresión y el acoso sexuales. El ultraje sexista agravado se castiga actualmente con una multa de 3.750 euros. Los infractores también pueden ser castigados con las penas adicionales previstas en el artículo 222-48-5 del Código Penal. El ultraje sexista simple se regula por decreto y se castiga con una multa de 5.ª clase.

¹⁰ BOWMAN, C. G., Street harassment and the informal ghettoization of women, *Harvard Law Review*, vol. 106, n.º 3, 1993.

¹¹ Vid. BURGHARDT, B./SCHMIDT, A./STEINL, L., Der Strafrechtliche Schutz der sexuellen Selbstbestimmung vor nichtkörperlichen Beeinträchtigungen, *JZ* 10/2022, p. 502.

pública, exigiendo una respuesta penal para combatirlo¹². También los Convenios y Convenciones internacionales dirigidos a proteger a la mujer frente a toda forma de violencia han contribuido a que los legisladores de algunas naciones tomaran cartas en el asunto¹³. En especial, cabe mencionar el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, Estambul 11 mayo 2011, ratificado por España el 11 de abril de 2014, que define la violencia contra la mujer como «una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada» (art. 3).

Lo primero que debe plantearse un penalista ante la creación de una nueva figura delictiva es si se trata de un fenómeno que merezca y necesite de la intervención penal. ¿Se trata de una injerencia suficientemente grave en la libertad sexual y/o la integridad moral de la mujer para merecer una sanción penal? ¿Contribuye este nuevo delito a llenar un vacío legal, criminalizando comportamientos que hasta ahora escapaban de toda sanción penal? ¿No ofrecían los tipos existentes suficiente respuesta frente a las manifestaciones más graves de este fenómeno? Examinando el precepto en cuestión, lo primero que se aprecia es una clara alusión a la mujer, pues, aunque el tipo no la mencione expresamente

¹² Y más recientemente, movimientos a nivel mundial como el «Me Too», «8M», «Ni una menos» han contribuido a visualizar una problemática que durante mucho tiempo se ha percibido en el imaginario colectivo como una cuestión cultural. Vid., también, <https://www.openpetition.de/petition/online/es-ist-2020-catcalling-sollte-straftbar-sein>.

¹³ Vid., entre otras, la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de Naciones Unidas (Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993); las cuatro Conferencias mundiales sobre la mujer, especialmente, la IV, celebrada en Beijing en 1995. En la Plataforma de Acción de Beijing (118) se establece que: «La violencia contra la mujer es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que han conducido a la dominación de la mujer por el hombre, la discriminación contra la mujer y a la interposición de obstáculos contra su pleno desarrollo. La violencia contra la mujer a lo largo de su ciclo vital dimana esencialmente de pautas culturales, en particular de los efectos perjudiciales de algunas prácticas tradicionales o consuetudinarias y de todos los actos de extremismo relacionados con la raza, el sexo, el idioma o la religión que perpetúan la condición inferior que se asigna a la mujer en la familia, el lugar de trabajo, la comunidad y la sociedad. La violencia contra la mujer se ve agravada por presiones sociales, como la vergüenza de denunciar ciertos actos; la falta de acceso de la mujer a información, asistencia letrada o protección jurídica; la falta de leyes que prohíban efectivamente la violencia contra la mujer; el hecho de que no se reformen las leyes vigentes; el hecho de que las autoridades públicas no pongan el suficiente empeño en difundir y hacer cumplir las leyes vigentes; y la falta de medios educacionales y de otro tipo para combatir las causas y consecuencias de la violencia. Las imágenes de violencia contra la mujer que aparecen en los medios de difusión, en particular las representaciones de la violación o la esclavitud sexual, así como la utilización de mujeres y niñas como objetos sexuales, y la pornografía, son factores que contribuyen a que se perpetúe esa violencia, que perjudica a la comunidad en general, y en particular a los niños y los jóvenes».

(la redacción legal emplea el término «persona»), parece que es la principal destinataria de la protección que se pretende brindar a través de este nuevo delito. Y ello por dos razones: primera, porque las estadísticas muestran que es la mujer la que soporta en mayor medida este tipo de comportamientos¹⁴. Y, segundo, porque con este delito se pretende dar cumplimiento a las obligaciones contraídas por España en la ratificación del mencionado Convenio de Estambul. Sin embargo, cabe advertir que el propio Convenio no exige que la sanción que se establezca para reprimir este tipo de conductas tenga que ser necesariamente penal¹⁵.

Llegados a este punto hay que entrar a valorar si la etiqueta «comportamientos cosificadores» (*objectifying behaviours*), bajo la que se engloban estos comportamientos desde la teoría de la cosificación elaborada por psicólogos norteamericanos, es base suficiente para legitimar la intervención penal. ¿Se trata realmente de una forma de cosificación sexual especialmente perjudicial para las mujeres?, tal como apuntan algunos estudios en el ámbito de la Psicología social¹⁶. El argumento que se repite es que, a través de los piropos, la mujer es susceptible de sufrir un proceso de cosificación; y, de la cosificación, se llega a la auto cosificación. Se advierte de la existencia de consecuencias negativas incluso para las mujeres que reaccionan de forma positiva frente a situaciones en las que varones desconocidos prestan atención a su cuerpo. Se afirma que son consideradas menos competentes y más superficiales. Y se llega a sostener que el hecho de sentirse felices por ser valoradas por su apariencia externa (siguiendo estereotipos tradicionales de género) puede tener consecuencias negativas similares a otras formas de acoso hostil por parte de extraños¹⁷.

Como se ha dicho ya, con la nueva regulación se pretende erradicar el fenómeno de los piropos, considerado como una lacra social por un sector de la población. De ahí que sea necesario detenerse un momento en el propio concep-

¹⁴ Vid., por todos, SOTELO VILLA, B./MENDOZA ALCÁNTARA, K., Análisis comparado internacional de la legislación contra el acoso sexual en espacios públicos, 2019.

¹⁵ Concretamente, el art. 40 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, Estambul 11 mayo 2011, insta a la Partes a adoptar « las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que toda forma de comportamiento no deseado, verbal, no verbal o físico, de carácter sexual, que tenga por objeto o resultado violar la dignidad de una persona, en particular cuando dicho comportamiento cree un ambiente intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo, sea castigado con sanciones penales u otro tipo de sanciones legales» (sin cursivas en el original).

¹⁶ Vid. MOYA GARÓFALO, A., Cosificación de las mujeres: análisis de las consecuencias psicosociales de los piropos, Tesis inédita, 2016, pp. 48 ss. Según esta autora, el piropo es una práctica que puede ser etiquetada como cosificadora porque «consiste en comentarios que se centran fundamentalmente en el físico de la mujer y la relegan a un mero objeto» (p. 50).

¹⁷ Así, MOYA GARÓFANO, A./RODRÍGUEZ BAILÓN, R./MOYA, M./MEGÍAS, J. L., Social Perception of Women According to their Reactions to a Stranger Harassment Situation (*piropo*), en *Sex Roles: A Journal of Research*, 83, 2020, pp. 163 ss.

to de piropo. El piropo puede ser definido como comentario sobre la apariencia externa de una mujer (puesto que son mayormente mujeres las destinatarias), dirigido a ella en un espacio público (normalmente, la calle) por parte de un extraño. Dentro del universo de los piropos se distingue entre los que se consideran soeces, lascivos u hostiles y los que se tienen por halagadores o galantes. Desde la perspectiva de la víctima, los piropos pueden provocar desde una molestia o enfado hasta una sensación de inseguridad. Sin olvidar que hay mujeres que manifiestan sentirse halagadas frente a determinadas clases de piropos porque les eleva, según dicen, la autoestima (no podría decirse que son consentidos, porque el consentimiento se estaría otorgando *ex post*). De ahí, que quepa preguntarse: ¿son todos los piropos susceptibles de encajar en el nuevo tipo de delito? ¿son únicamente los «groseros» u «hostiles» los susceptibles de perjudicar a la mujer o también pueden afectar a la autoestima de la mujer los «galantes»? En definitiva, ¿puede cualquier expresión, comportamiento o proposición de carácter sexual no consentida dirigida a una mujer por parte de un hombre (extraño) en la vía pública realizar el tipo previsto en el nuevo artículo 173.2.4 CP?

IV. ¿ES EL ACOSO CALLEJERO UN PRECURSOR DE LA VIOLENCIA SEXUAL?

Desde una perspectiva criminológica, algunos autores sostienen que el acoso sexual callejero es un *continuum* de posibles eventos, de forma que puede empezar con comportamientos incívicos y acabar con agresiones violentas¹⁸. Hay quien llega más lejos y sostiene que el acoso callejero no es solo un precursor de violencia sexual, sino que es en sí mismo un acto violento en el continuo de las violencias de género contra la mujer¹⁹. En esta línea parece situarse el legislador cuando, como se ha visto, define el acoso callejero como una modalidad de violencia sexual.

Las anteriores afirmaciones merecen algunas consideraciones: en primer lugar, la idea de que el acoso callejero es un *continuum* de posibles eventos no se puede, según creo, generalizar. Una posible escalada de violencia (presumiblemente sexual), que no esté empíricamente demostrada, no puede justificar

¹⁸ Así, BROOKS GARDNER, C., *Passing by. Gender and public harassment*. University of California Pres, Berkley, 1995, p. 16: «El acoso callejero se sitúa en un continuo de posibles sucesos, empezando con la eliminación del civismo habitual entre extraños y terminando con la transición a un delito violento: agresión, violación o asesinato».

¹⁹ Así, OLNEY M., *Toward a Socially Responsible Application of the Criminal Law to the Problem of Street Harassment*, *William & Mary Journal of Women and the Law*, vol. 22, 2015, p. 129 (<https://scholarship.law.wm.edu/wmjowl/vol22/iss1/6>).

sin más la intervención penal. Habrá que estar al caso concreto y analizar si el comportamiento en cuestión es susceptible de generar, por el propio contexto, temor en la víctima frente a una posible agresión sexual. Ahondando en esta cuestión, se hace difícil aceptar que un simple piropo pueda ser concebido siempre y en todo caso como un precursor de la violencia sexual, al menos, de una violencia sexual reconducible a los tradicionales delitos contra la libertad sexual, pues la conducta se sitúa lejos de un escenario de afectación a la libertad sexual de la víctima. De lo contrario, se estaría apostando por un adelantamiento de las barreras de protección de difícil justificación.

En segundo lugar, la consideración del acoso callejero como violencia sexual resulta excesiva y puede acabar desnaturalizando el propio concepto de violencia²⁰. En efecto, tal como ha ocurrido con otras tipologías delictivas como las coacciones, se está estirando tanto el concepto que corre el riesgo de perder sus contornos. Seguramente, la elección del término tiene que ver con el intento de justificar la necesidad de intervención penal²¹. Finalmente, considero que este nuevo delito no pasa de constituir una vejación injusta de carácter leve que, si bien tiene una clara connotación sexual, difícilmente puede ser concebido como violencia sexual. De nuevo, el legislador español ha echado mano de la vía penal para resolver un problema de corte social, una opción político-criminal a la que, lamentablemente, nos tiene muy acostumbrados. Y, otra vez, se apuesta por una hiperprotección de la mujer que redundará en contra de la propia mujer, limitando su propia autodeterminación y sus procesos de autoafirmación.

V. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Cuando se trata de identificar el bien jurídico protegido en el nuevo delito de acoso callejero, cabe preguntarse si es la libertad sexual o la integridad moral el interés tutelado. O, incluso, si no es más que la tranquilidad en el espacio público lo que se pretende proteger. Partiendo de su ubicación sistemática y de

²⁰ En este sentido, CARUSO FONTÁN, V., El hostigamiento callejero como vejación injusta de carácter leve, La Ley, n.º 10061, 2022, p. 5, alude a la desnaturalización del concepto de violencia, criticando el uso generalizado del término «para caracterizar situaciones profundamente desiguales».

²¹ Vid. otro intento de legitimar el recurso al Derecho penal frente al *catcalling*, en BURGHARDT, B./SCHMIDT, A./STEINL, L., Der Strafrechtliche Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, JZ 10/2022, pp. 508 ss. Sostienen estos autores que a las personas afectadas por los piropos o requerimientos sexuales se les asigna un rol de objeto sexual disponible. De ahí, que estos casos manifiesten, según ellos, una vinculación con la autodeterminación sexual (vid. p. 506). Proponen que el concepto de acoso sexual recogido en el §184i StGB se libere de la exigencia de contacto corporal para poder acoger otros supuestos de sexualidad no deseada impuesta dolosamente (vid. p. 510).

la propia declaración contenida en el Título Preliminar, parece que se trata de un bien jurídico pluriofensivo. Objeto de protección sería tanto la integridad moral como la libertad sexual de la víctima, si bien, en cuanto a esta última, se trataría de estadios muy incipientes, pues, por regla general, el riesgo de ser víctima de un delito sexual como consecuencia de ser el destinatario de unos piropos que lanza un extraño no parece elevado. Hay que advertir que fenomenológicamente las diversas formas de acoso son distintas, pero jurídicamente plantean una idéntica problemática: todas ellas afectan al núcleo duro de la integridad moral. A partir de ahí, se pueden ir añadiendo afectaciones a otros bien jurídicos como la libertad, libertad sexual, el honor. En el caso del acoso callejero, si el atentado contra la integridad moral no reviste una cierta entidad, no debería, según creo, apreciarse delito alguno, a no ser que la propia conducta genere una situación objetiva de riesgo de violencia sexual (entendido por tal a la acción de involucrar a otra persona en un acto de naturaleza sexual sin su consentimiento). En este sentido creo que hay que interpretar la exigencia de creación de «una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria». En los demás casos, en aplicación de los principios de lesividad y de proporcionalidad, habría que prescindir de toda sanción penal. Requerir que el atentado contra la integridad moral alcance una cierta entidad no significa que tenga que ser grave (lo que no exige el tipo y que fácilmente conduciría a tener que apreciar otros delitos), pero sí que impide que cualquier comentario, expresión o proposición con connotaciones sexuales pueda determinar la aplicación del tipo previsto en el nuevo párrafo II del artículo 173.4 CP. El comportamiento susceptible de ser subsumido en el precepto deberá superar los límites que marca el principio de insignificancia, bien sea en atención al carácter reiterado de la conducta, o bien, en atención al riesgo de violencia sexual que genere.

VI. CONDUCTA TÍPICA Y PENALIDAD

A la hora de establecer cuáles son los comportamientos susceptibles de encajar en el delito de acoso callejero, hay que tener en cuenta que la conducta típica consiste en dirigirse a otra persona «con expresiones, comportamientos o proposiciones de carácter sexual que creen a la víctima una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria, sin llegar a constituir otros delitos de mayor gravedad» (art. 173.4.II CP). Dentro del concepto de acoso callejero se incluyen comportamientos verbales y no verbales como silbidos, miradas lascivi-

vas, guiños, abucheos y comentarios de naturaleza sexual²². Si bien la descripción típica no incorpora el término callejero, mencionándose únicamente en el Preámbulo y en Título Preliminar de la LO 10/2022, con buen criterio se interpreta por la doctrina que la conducta debe realizarse en un lugar público o vía pública, aunque no necesariamente deba circunscribirse la calle, pues en principio puede ser cualquier zona de acceso público no restringido²³.

Como ya se ha mencionado, a diferencia de otras modalidades de acoso, como el laboral o el sexual, no se exige en el acoso callejero que la situación humillante, hostil o intimidatoria sea grave. Seguramente, el legislador haya considerado que difícilmente puede llegar a ser grave sin realizar ya otros delitos (por ej., acoso sexual, trato degradante, amenazas y coacciones)²⁴. De ahí, que se haya añadido la coletilla: «sin llegar a constituir otros delitos de mayor gravedad». Tampoco requiere el tipo que el comportamiento de acoso sea reiterado, elemento que sí aparece exigido tanto en el acoso laboral como en el inmobiliario («de forma reiterada»)²⁵. No obstante, también aquí habría que exigir una mínima reiteración ante actos de baja intensidad que aisladamente considerados no podrían ser calificados de acoso, especialmente cuando no supongan una amenaza a la libertad sexual de la víctima. La reiteración de una conducta de escasa lesividad (piropo) en determinados contextos puede llegar a crear una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria. Considérese el caso de la mujer que tiene que pasar por delante de un edificio en construcción para ir a trabajar y día tras día recibe improperios por parte de los mismos sujetos, empleados en la obra.

En coherencia con la decisión de prescindir de la exigencia de gravedad, requerida en otras modalidades de acoso, la pena prevista para el delito de acoso callejero no es la misma que la establecida para las otras modalidades de acoso incluidas en el mismo precepto, sino que coincide con la de las injurias

²² Vid. BOWMAN, C. G., *Street harassment*, 1993, p. 523.

²³ Así, BOWMAN, C. G., *Street harassment*, 1993, pp. 523 ss.; CÁMARA ARROYO, S., *La complicada tipificación del delito de acoso sexual o sexista en la vía pública*, *La Ley Penal*, 147, 2020, p. 12. Lo que no queda claro es qué sucede con los locales de ocio: ¿desaparece la protección penal cuando la víctima se adentra voluntariamente en uno de ellos?

²⁴ Vid. SAP Jaén 3.^a, 112/2016, 13-04, que condena como autor de un delito continuado de coacciones leves al exnovio de la mujer por perseguirla sin parar «diciéndole piropos con la intención de reanudar la relación», creando en ella una situación de temor.

²⁵ En la doctrina se mostraba partidario de introducir el elemento de reiteración mencionado en su análisis de la propuesta de tipificación del acoso callejero contenida en el Anteproyecto de LOGILS, CÁMARA ARROYO, S., *La complicada tipificación del delito de acoso sexual*, 2020, pp. 13 s. Según el autor, el acoso ha sido tradicionalmente entendido como un comportamiento mínimamente continuado, «descartándose las conductas puntuales incapaces, por sí mismas, de conculcar los bienes jurídicos defendibles», añadiendo que este elemento «puede conferir una nota diferencial al concepto de acoso en la vía pública, otorgándole una naturaleza distinta a otras modalidades ya tipificadas» (p. 14).

o vejaciones injustas de carácter leve (punibles actualmente solo en un ámbito muy concreto), esto es, localización permanente, trabajos en beneficio de la comunidad o multa, en cualquier caso, no prisión²⁶. En definitiva, la pena establecida para el acoso callejero es de menor gravedad que la prevista para el resto de las modalidades de acoso (laboral, inmobiliario y sexual), que sí tienen asignada la pena de prisión. Concretamente, 6 meses a 2 años en el acoso laboral e inmobiliario, prisión de 6 a 12 meses o multa e inhabilitación especial en el acoso sexual (tipo básico) y prisión de 1 a 2 años e inhabilitación especial (subtipo agravado). Cabe pensar que con esta nueva incriminación se está recuperando la antigua falta de vejaciones injustas, aplicable ahora también fuera del círculo de sujetos pasivos del artículo 173.2.

VII. CRÍTICA Y TOMA DE POSTURA

A la vista de lo anteriormente expuesto, cabe preguntarse si era realmente necesaria la tipificación expresa de este nuevo delito. Formulado de otro modo: ¿no hubieran podido encontrar las situaciones más graves de acoso callejero acomodo a partir de una adecuada interpretación de los tipos existentes? Efectivamente, entiendo que se hubieran podido castigar las conductas más graves sin necesidad de una previsión específica, acudiendo básicamente a los delitos contra la integridad moral (trato degradante previsto en el art. 173.1CP), contra la libertad (hostigamiento, o *stalking* en el mundo angloamericano, recogido en el art. 172 ter desde el año 2015 y modificado por la LO 10/2022) y contra la libertad sexual (acoso sexual del art. 184 CP). Con ello se hubiera evitado una redacción legal que cae en el casuismo, con el inconveniente de dejar fuera del tipo supuestos de acoso que merecerían una mención expresa, como es el caso del acoso escolar²⁷. En todo caso, se tendrían que haber aprovechado las últimas reformas (hay que recordar que el art. 173 ha sido modificado de nuevo por LO 14/2022) para mejorar la redacción del art. 173, criticado por doctrina y jurisprudencia por ser poco respetuo-

²⁶ Como es sabido, tras la reforma de 2015, las injurias o vejaciones injustas de carácter leve solo son punibles en el ámbito de la violencia de género (art. 173.4 CP).

²⁷ Nótese que en los supuestos graves de acoso escolar los tribunales están apreciando un delito de trato degradante previsto en el artículo 173.1CP, con lo que, en principio, no hubiera habido inconveniente en subsumir los casos más graves de acoso callejero directamente en dicho precepto (vid. SAP Guipúzcoa, 178/2005, 15-07; SAP Albacete 1.ª/65/2006, 13-10; SAP Barcelona 3.ª, 812/2010, 25-10; SAP Castellón 1.ª, 32/2010, 02-0, 2; SAP Castellón 1.ª, 355/2010, 21-10; SAP Las Palmas 1.ª, 209/2013, 15-11; SAP La Rioja 1.ª, 2/2015, 8-01; SAP Valencia 5.ª, 130/17, 21-02; SAP de Islas Baleares 2.ª, 112/2018, 09-03; SAP Badajoz 1.ª, 12/19, 05-02; SJM Barcelona 1.ª, 245/2014, 04-11; SJP Barcelona 20.ª, 75/2016, 16-02).

so con el principio de taxatividad. El legislador debería haberse ocupado de precisar la conducta típica del tipo básico de atentado contra la integridad moral en lugar de limitarse a ir añadiendo párrafos. Una posible vía de concreción hubiera sido agregar al ap. 1 del artículo 173 CP («El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral») el siguiente texto: «a través de la creación de una situación humillante, ofensiva, hostil o intimidatoria».

A mi juicio, el legislador está dando una vuelta de tuerca más a ese Derecho penal basado en el género, dirigido a proteger específicamente a las mujeres, que se ha ido gestando en las dos últimas décadas²⁸. En el contexto actual de lucha tanto a nivel nacional como supranacional contra cualquier manifestación de violencia contra la mujer, muy loable y todavía muy necesaria, todo apunta a que lo que se pretende conseguir con este delito es propiciar un cambio cultural, asignando al Derecho penal una clara función promocional. Como se ha tenido ocasión de ver, otros países de nuestro entorno cultural están en la misma línea, sin que ello signifique que sea la orientación político-criminal más adecuada.

²⁸ Vid. las críticas que dirige Díez RIPOLLÉS, Alegato contra un Derecho penal sexual identitario, RE-CPC, 21-10, 2019, pp. 28 s., a la tendencia del legislador a fomentar la configuración de un Derecho penal identitario, que antepone «la protección de los intereses propios de ciertos colectivos sociales» a «la protección de los intereses individuales o colectivos más importantes de todos y cada uno de los ciudadanos».

CAPÍTULO LVII

SE BUSCAN CÓMPLICES PARA EL TRÁFICO DE DROGAS

JUAN CARLOS CANTILLO ARCÓN

Profesor de Derecho penal. Universidad del Norte,
Barranquilla (Colombia).

Doctor en Derecho por la Universidad de León.

I. TODOS SON AUTORES HASTA QUE SE DEMUESTRE LO CÓMPLICE

Son diversos los problemas que se pueden exponer sobre el delito de tráfico de drogas, contenido en el artículo 368 CP, fundamentalmente críticas a su amplitud desmesurada y concepto de autor. No parece difícil suponer una conclusión inevitable frente al cómplice en dicho tipo penal; y es la desaparición de tal figura en virtud de la preeminencia material de un concepto unitario funcional de autor, –o extensivo objetivo de autor¹–, que, eliminando la accesoriedad esperada por quienes abogamos por un concepto restrictivo de autor, con respecto a las normas que regulan la autoría en el CP, genera una casi re-

¹ STS 94/2007 de 14 de febrero (Tol 1038380) Concepto extensivo de autor: «Ahora bien, en el delito del artículo 368 del CP, al penalizarse dentro de un mismo marco penal todos los comportamientos que suponen aportación causal a la actividad de los autores en sentido estricto, ha definido un concepto extensivo de autor (...), que se extiende a todos los que ostentan el dominio del hecho dentro de la acción conjunta planeada (...), de modo que el acuerdo previo convierte a todos los intervinientes en autores. La división de trabajo no requiere la realización personal y material de todas las partes del hecho delictivo dentro de esa planificada ejecución conjunta (...); habiendo adoptado el Legislador un tipo tan amplio que excluye ordinariamente las formas accesorias de participación, salvo supuestos muy excepcionales, en los que no se incluya la conducta relacionada con el recurrente dentro del plan previo, en los actos de transporte.»

mota posibilidad de encontrar casos de complicidad². Previsiblemente son los verbos «facilitar» y «favorecer» los mayores culpables de tal situación³. De ahí que los pocos casos se pueden ubicar dentro de la llamada doctrina de «favorecimiento del favorecedor» con la que se hace referencia a conductas que, sin promover, favorecer o facilitar directamente el consumo ilegal, auxilian a quien ejecuta los verdaderos actos típicos del citado artículo 368 CP⁴, resumi-

² FRIEYRO ELICEGUI, El delito de tráfico de drogas, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, 555. «El artículo 368 del CP maneja un concepto extensivo de autor dado que será autor aquel que realice cualquier conducta que suponga la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas, por lo que prácticamente todas las conductas son constitutivas de autoría. Ello dificulta la aparición de la figura de la complicidad.» En el mismo sentido VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Delimitación entre autoría y participación en los delitos de tráfico de drogas, LLP, Núm. 18, 2005, 63–76. Comparte postura en virtud de que la distinción entre autoría y complicidad/cooperación necesaria es artificial dados los términos de la redacción del tipo, que incluye «de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten», como formas de ataque al bien jurídico. También, MONTERO LA RUBIA, Ap 31, 2003. Y MONTERO LA RUBIA, Delitos contra la salud pública. Un estudio práctico de la jurisprudencia del TS sobre tráfico de drogas tóxicas, Bosch, Barcelona, 2007, 40-44. Expone la consecuencia de un, según jurisprudencia, concepto extensivo de autor, que califica excepcionalmente los casos de complicidad. Con relación a la complicidad, y en general, la participación en el delito de tráfico de drogas, como excepción; ÁLVAREZ GARCÍA DIR./ MANJÓN-CABEZA OLMEDA/ VENTURA PÜSCHEL, Coords. Derecho Penal español Parte Especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, 1282. BOLDOVA PASAMAR, AP 20, 2000, 437-450. También REY HUDOBRRO, El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, 22, 71 ss. Y GANZENMÜLLER ROIG/ ESCUDERO MORATALLA/ FRÍGOLA VALLINA, CPC 64, 1998, 59-96. Entre otros.

³ STS 1039/2010, 26 noviembre, (Tol 1997216): «la propia amplitud conceptual de la autoría según la descripción de este ilícito contenida en el art. 368 del CP dificulta en gran manera, como es de sobra conocido, y así lo afirman numerosas Resoluciones de este Tribunal, la construcción de formas de participación accesorias, ya que cualquier acto de favorecimiento o facilitación del consumo de drogas por terceras personas según la dicción de dicho precepto es comportamiento propio de autor (...). Así, facilitar y favorecer, siendo sustancialmente formas de complicidad, se convierten en formas de autoría gracias a la descripción típica legal

⁴ ÁLVAREZ GARCÍA DIR./ MANJÓN-CABEZA OLMEDA/ VENTURA PÜSCHEL, Coords. Derecho Penal, 2011, 1282 ss. También FRIEYRO ELICEGUI, El delito de tráfico, 2017, 312, 556 ss. MUÑOZ CONDE, Derecho Penal Parte Especial, 24.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 677. «la jurisprudencia ha reducido el ámbito de la complicidad a casos de auxilio mínimo, que se vienen incluyendo en la gráfica expresión de «favorecimiento del favorecedor», es decir, supuestos de colaboración de muy escasa relevancia a través de comportamientos realizados, de modo ocasional, por personas que no tienen una relación directa y personal con el tráfico. Entre los supuestos en que se ha aceptado se encuentran, por ejemplo, la mera tenencia de la droga que se guarda para otro, que es el verdadero autor, de modo ocasional y con duración instantánea o casi instantánea, el hecho de indicar el lugar donde se vende la droga, sin participación en el negocio, o el mero acompañamiento a ese lugar.» Se observa la misma en decisiones; –STS 861/2007, 24-10 (TOL 1.221.191) «El legislador ha adoptado en la redacción del tipo penal del art. 368 un concepto extensivo de autor que excluye, en principio, las formas accesorias de participación, y solo en supuestos singularmente excepcionales se llega a la mera complicidad, en aquellos en que la colaboración en la actividad delictiva se presenta con una entidad nimia (...), en lo que se ha venido definiendo como favorecimiento del favorecedor». STS 384/2009 13 de abril (Tol 1514432), STS núm. 1010/2010, de 17 noviembre (Tol 2003040), STS 656/2010 de 6 de julio (Tol 1921518). «Hemos señalado reiteradamente las dificultades de apreciar tal forma de participación en el delito de tráfico de drogas del art. 368 del CP, habida cuenta de la amplitud con la que se describe el tipo en el que prácticamente se viene a utilizar un concepto extensivo de autor, de forma que la complicidad queda reducida a supuestos de contribución de segundo orden no comprendidas en ninguna de las modalidades de conducta descritas en el art. 368, y generalmente incluidas dentro de los supuestos encuadrados en la llamada doctrina del favorecimiento del favorecedor con la que se hace referencia a conductas que sin promover, favorecer o facilitar directamente el consumo ilegal, auxi-

dos en los siguientes eventos: *i)* Indicar o acompañar al lugar de venta. *ii)* Llevar y acompañar, en el vehículo, al traficante en sus desplazamientos. *iii)* Ocultación ocasional, y pasajera de la droga que otro posee. *iv)* Atención de llamadas telefónicas provenientes de proveedores⁵. Todos estos casos en los que se presenta, además de contradicciones de criterios notorias⁶, una nimia colaboración al proceso global del tráfico, que no cumple con los presupuestos de intervención mínima, proporcionalidad, e igualdad, del Derecho penal liberal que se colige como referente.

II. ¿Y DÓNDE ESTÁ EL CÓMPLICE? EN EL FAVORECIMIENTO AL FAVORECEDOR

La jurisprudencia ha sustentado la punibilidad, cómo complicidad, de «actos de favorecimiento al favorecedor del tráfico» que no ayudan directamente al tráfico, pero sí a la persona que lo favorece (quien tiene dominio del hecho)

lian a quien ejecuta los verdaderos actos típicos conforme al citado artículo 368». Ayuda, no al tráfico sino a la persona que lo favorece STS 848/2010 13 de octubre (Tol 1989147). STS 440/2011 de 25 de mayo. (Tol 5739620) STS núm. 630/2011, de 20 junio (Tol 2185353). STS 84/2020 de 27 de febrero (Tol 7.805.857).

⁵ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, LLP 18, 2005, 63-76. CORCOY BIDASOLO/ MIR PUIG, Dir. Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, 804. CORCOY BIDASOLO/ MIR PUIG, Dir./ VERA SÁNCHEZ, Coord. Comentarios al Código Penal. Reforma LO5/2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 1268. FRIEYRO ELICEGUI, El delito de tráfico, 2017, 561 ss. STS 440/2011 de 25 de mayo. (Tol 5739620) Ayuda, no al tráfico sino a la persona que lo favorece, STS 848/2010 13 de octubre (Tol 1989147). «la teoría de la complicidad ha sido sólo tenida en cuenta en casos de colaboración mínima, lo que se ha denominado «conducta de favorecimiento al favorecedor del tráfico», que no ayudan directamente al tráfico, pero sí al favorecedor.» Es decir, casos que no son de complicidad penal; *Indicar un domicilio* (si es favorecer) no sería una contribución relevante para el injusto penal en términos de lesividad; *Ocultación ocasional* de poca duración y con poca cantidad de droga, parece más una atenuación por insignificancia que dogmática, puesto que está facilitando o favoreciendo, técnicamente. Casos que no comportan interés al sistema penal de principios de última *ratio*, fragmentariedad, necesidad, lesividad, proporcionalidad, etc.

⁶ FRIEYRO ELICEGUI, El delito de tráfico, 2017, 574 ss. «No están claros, en ocasiones, en la jurisprudencia los supuestos que merecen la calificación de autoría, cooperación necesaria o complicidad». V. STS 1177/2011 de 31 de octubre (Tol 2285322) o por acuerdo previo; STS 656/2010, 6-07 (TOL 1921518) por Cómplice: favorecimiento del favorecedor; SAP Santa Cruz De Tenerife 35/2012, 31-01 (TOL 2547802). «aportación reemplazable y carecer de dominio funcional del hecho». Así, por ejemplo, en general la actividad de vigilancia en el tráfico de drogas puede ser constitutiva de autoría o cooperación necesaria. Así PÉREZ ALONSO, La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal, 1998, 216 s.: Vigilante será autor si es independiente y esencial, cómplice si es subordinado. GIMBERNAT ORDEIG, Autor y cómplice en Derecho Penal, Universidad de Madrid, Sección de publicaciones e intercambio, Madrid, 1966, 146 s., afirma que la vigilancia por ser una actividad escasa es cooperación necesaria cuando el delincuente se decide a cometer del delito solo por cuenta de existir un vigilante y cuando la ayuda del vigilante refuerza la decisión tomada. En mi opinión, esto se agrava aquí puesto que los tipos de hurto, en los que se basan normalmente estas discusiones, no incluyen la acción de vigilar, celar, etc., en la descripción, pero en el delito bajo examen este comportamiento se puede incluir dentro de los actos de favorecimiento y facilitación como efectiva y simultáneamente se anuncian para definir actos de complicidad.

con efectiva disponibilidad de la droga. Los actos del auxiliador no tienen eficacia y trascendencia que exige el concepto de autoría⁷. Lo cual parece más un criterio material que no concuerda con la mirada formal de la que se parte, en general, para analizar la participación en la jurisprudencia –autoría con base en la ejecución de las conductas descritas en el tipo–, y tampoco es coherente con la teoría del dominio funcional del hecho, ya que la eficacia y trascendencia propia de tal teoría se sustentan en la posibilidad o no de impedir la consumación con la omisión de la aportación funcional asignada, lo cual puede ocurrir igual con quien es favorecedor o favorecido. Piense el lector en un caso en que A, encargado de guiar al comprador C al local donde se vende la droga, deba preguntarle primero a B, encargado de dar la orientación final a dicho guía A; sobre cuál de todas las puertas de la urbanización, posiblemente vigiladas por la policía, es la correcta, o de todos los vendedores ambulantes cuál es el vendedor de la droga, etc. Se podría plantear que ambas aportaciones son esenciales, puesto que si el guía A no llega al sitio con el comprador C no habría delito, pero también si el guía B, (que asesora a A) no dice cuál es la puerta donde no hay riesgo, generando la desconfianza de quien desea comprar, tampoco se realizaría el tipo –recuérdese que ni siquiera tentativa, según el requerimiento de la posesión o disponibilidad de la droga que estos guías no poseen-. O piénsese en el caso del vigilante D encargado de avisar a B de la posible aparición de la policía. Todas las condiciones serían esenciales. Así, según los propios planteamientos jurisprudenciales, el favorecedor del favorecedor sería un autor o cooperador necesario, aunque luego se decide, con base en criterios disímiles –político-criminales–, que no lo es. Este camino elegido, tan contradictorio como arbitrario, demuestra una especie de «culpa» del sistema punitivo, que, en problemas de legitimidad por la redacción penosa que ha suscrito sobre tráfico de drogas, más la incapacidad de asumir todos los costos políticos de haber convertido en autores a todos los intervinientes en el ciclo de la droga; se ve obligado a considerar cómplices a sujetos en algunos casos de ínfima importancia, sea que califiquen, según el propio tipo, como cooperadores necesarios o autores, con el fin de atenuar – infructuosamente– el daño ya generado con tal tipificación. Los casos de complicidad previstos en la jurisprudencia son realmente casos de no contribución relevante para el Derecho penal y por ende virtualmente impunes, con lo cual, al dificultarse su exclusión del injusto, se evidencia nuevamente que el tipo penal de tráfico de drogas recoge un concepto material unitario de autor que convierte cualquier aporte, incluso de partícipe-cómplice, en aportación de autor con misma pena, y que además, el intérprete aplica ex-

⁷ STS 120/2008 de 27 de febrero (Tol 1294038).

tendiendo a sujetos no cómplices –meros intervinientes–, la responsabilidad como partícipes. Véase el caso de la complicidad por atención de llamadas telefónicas provenientes de proveedores⁸, en el cual, hasta la secretaria de la empresa fachada, que sabe del ilícito del jefe, sería cómplice, o el caso de la complicidad de la compañera sentimental copiloto que acompaña al conductor del vehículo –su compañero– quien transportaba la droga de un país a otro⁹. También el caso de quien transportaba al contacto entre vendedor y comprador –y a estos-. Además, dichos sujetos (quien conduce y quien haría el contacto) asistirían a reuniones previas para cerrar la operación de venta, sin asistir a la operación de compraventa en sí, lo cual fue suficiente según la sentencia para promover la venta y consumo de drogas a terceros, que realmente «encaja en la descripción del art.» como autores¹⁰. Este caso refleja la dicotomía temeraria del tipo: asumirse como un delito de autor unitario e incluir a todos como autores por promover, facilitar o favorecer el consumo ilegal de los transportados, o reconocer la lejanía entre el acto de conductor y la realización de las verdaderas conductas riesgosas para el bien jurídico y, por ende, dejar impune el acto inane de uno de ellos al transportar al contacto «ese sí cómplice» entre compradores y vendedores. Resulta llamativo el caso del «colaborador del colaborador» en el que se condena por cómplice a quien se dispuso a cargar la droga en el vehículo que la transportará, a cambio de una compensación económica, basándose en la doctrina de «favorecer al favorecedor»¹². Aquí, el DP condena penalmente el acto más básico de todo el ciclo de la droga; subir un paquete, caja o carga, en una camioneta, camión o medio de transporte. Más básico aún que vender dolosamente precursores en una farmacia, que requiere cierta cualificación e idoneidad. Esta misma decisión¹¹, como forma de dar fundamento a tal, enumera los casos que para la jurisprudencia son de complicidad también:

a) *El mero acompañamiento a los compradores con indicación del lugar donde puedan hallar a los vendedores*: Lo cual solo constituye un acto de ayuda en términos amplios pero no suficientes con relación al bien jurídico, que realmente sería –acto– de autor (interpretación de concepto objetivo-formal), si no fuera por adoptar una perspectiva material a su favor –festejable en este caso–, aunque poco coherente con la «formal y extensiva» dominante. b) *La ocultación ocasional y de poca duración de una pequeña cantidad de droga que otro poseía*: Esto según las acciones ejecutivas del

⁸ SAP Castellón 23/2002, 24-10 (Tol 5739620).

⁹ STS 156/2012 de 29 de febrero (Tol 2489039).

¹⁰ STS 135/2012 de 27 de febrero (Tol 2495453).

¹¹ Señaladas en MONTERO LA RUBIA, Delitos contra la salud pública, 2007, 44. Analizadas por FRIEYRO ELICEGUI, El delito de tráfico, 2017, 555-583.

tipo (facilitación, favorecimiento) o del tipo penal de encubrimiento (en caso de ser posterior a la consumación) sería autoría, pero se examina su entidad o necesidad para estudiar si califican de complicidad o incluso cooperación necesaria, en virtud de la relevancia de la ocultación, reiterando lo expuesto sobre el anterior respecto a la interpretación de concepto objetivo-formal, de autor, que no se sigue por fortuna, y sí una perspectiva material aunque poco coherente. En cualquier caso, una acción como esta no refleja importancia suficiente para acudir a un Derecho penal de mínima intervención y ofensividad. c) *La simple cesión del domicilio a los autores por pura amistad para reunirse sin levantar sospechas*: Con misma conclusión sobre la posibilidad de acudir a las acciones de facilitación y favorecimiento para considerar el aporte, tanto, propio de complicidad, cooperación necesaria, de autor, dependiendo la postura que se siga frente a un concepto más o menos restrictivo de autor. Desde la visión unitaria, serían autores, cuando realmente, en mi opinión, no cumplen con mínimos de relevancia jurídico-penal, a menos que se considere una aportación de cooperación necesaria. De lo contrario, se está penando la complicidad por mera cooperación (que sí existe) sin valoración de los principios limitadores del sistema que no permiten la privación de libertad por conductas de tan escasa trascendencia para el bien jurídico. d) *Acompañar y trasladar en su vehículo a un hermano en sus contactos*: que, como vimos, expone una actuación que no tiene relevancia para el Derecho penal, pero penan como complicidad para trazar líneas simbólicas entre complicidad y autoría/cooperación necesaria. De la misma manera se observan actos que, siendo sustancialmente distintos y más acorde con la concepción restrictiva de la autoría y la complicidad, encuentran la misma calificación que los anteriores. e) *La recepción y desciframiento de los mensajes en clave sobre el curso de la operación*: En este caso, sí parece presentarse una acción, que fuera de la interpretación extensiva que los convierte en autores por facilitación y favorecimiento y dentro de una de corte restrictivo, podría ser de complicidad o incluso cooperación necesaria en virtud de la entidad de dicho desciframiento de los mensajes. f) *La facilitación del domicilio de venta y precio de la droga*: En este caso también parece presentarse una conducta relevante que podría ser de complicidad o incluso cooperación necesaria, en virtud de facilitar el precio de la droga que se ubica muy arriba en la escala de aspectos relevantes del negocio. Claro que esto solo en una perspectiva material restrictiva, puesto que, según una revisión formal del

tipo, serían también de autoría¹². g) *El realizar llamadas telefónicas para convencer y acordar con tercero el transporte de la droga*: Si bien se ubican como actos de promoción y facilitación, preparatorios, o de inducción, que realmente serían de autor en la interpretación formal que se rechaza, la posibilidad de considerarse actos de complicidad, cooperación necesaria y autoría dependerá de todo el plan en conjunto de autor, que permita comprender la relevancia de dicho transporte en el concreto tráfico a realizar. h) *Encargarse de los pasos previos para la recepción de la droga enviada desde el extranjero, sin ser destinatario ni tener disponibilidad efectiva de la misma*: igual valoración del punto anterior, con la posibilidad de impunidad total, si se considera que tales pasos no son requeridos para dicha recepción, sino accesorios y dispensables a esta.

III. EL PROBLEMA DE LAS CONDUCTAS NEUTRALES O COTIDIANAS

Entendidas estas como aquellas conductas que se realizan de manera adecuada a un rol, estándar o estereotipo (elemento objetivo), pero en las que existe el conocimiento por parte de quien las lleva a cabo de su idoneidad para, directa o indirectamente, producir un resultado delictivo¹³. Puede citarse como ejemplos; a) La venta permitida de objetos de posible uso delictivo¹⁴, b) Los casos en que la colaboración se da a partir de la prestación de un servicio «con apariencia externamente inofensiva»¹⁵, c) Indicar a alguien donde comprar la

¹² V. RODRÍGUEZ RAMOS/COBOS GÓMEZ DE LINARES/SÁNCHEZ TOMÁS, Derecho Penal Parte Especial. III, Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (I), Facultad Derecho Universidad Complutense, Madrid, 1999, 238. Considera que las acciones de facilitar el dinero o información de dónde puede obtenerse la sustancia, o de vigilancia, «son conductas que favorecen el consumo ilegal, pero no constituyen el núcleo de la prohibición, pues son tan sólo meras aportaciones relevantes para la conducta del autor, por lo que serán consideradas, en su caso, complicidad». Eventos que, en general, también serían de complicidad, o de «nada» en casos de intrascendencia del aporte, cuando de igual manera se hubiera llegado al sitio, por ejemplo.

¹³ ROBLES PLANAS, La participación en el delito: fundamento y límites, Marcial Pons, Madrid, 2003, 31, 33, 35, 39 ss. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, quienes se apartan de ROBLES, las consideran como acciones de la vida cotidiana o con intervenciones en un intercambio de bienes y servicios que simultáneamente pueden incrementar las posibilidades de comisión de un delito. MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, Derecho Penal Parte General, 11.ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, 407 s. ROCA DE AGAPITO, contrario a ROBLES, señala que no existen acciones neutrales en sí, sino que el carácter de tales se determina por la finalidad a la que sirve, ROCA DE AGAPITO, Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, 217 s.

¹⁴ WOHLERS, RICPC, vol. 27, Núm. 80, 2006, 129-143. Parece claro que esta acción no debe ser punible por estar cubierta dentro el ejercicio de un derecho u oficio lícito. «art. 20 CP 7.º».

¹⁵ WOHLERS, RICPC, vol. 27, Núm. 80, 2006, 129-143. Igual conclusión que en el caso anterior.

droga¹⁶, *d*) No impedir que se venda droga en una pensión¹⁷, *e*) Vender un barco para transportar droga¹⁸, *f*) El caso del taxista que traslada a los que llevan la droga¹⁹, *g*) incluso, se propone el caso de la empresa de transporte de mercancías que en su actividad empresarial es utilizada ocasionalmente, por un tercero, para transportar droga oculta en la mercancía²⁰. No podemos dedicarnos a exponer las diferentes teorías que se proponen para tratar estos casos²¹, que básicamente se dividen en *subjetivas*; por intentar delimitar su relevancia típica a partir del dolo del partícipe, que, de existir, sitúa su aportación en el ámbito de prohibición de la norma²², y las *objetivas*; que intentan, sin criterios subjetivos de tipicidad, delimitar desde el nivel objetivo de tal, con criterios materiales que

¹⁶ ROBLES PLANAS, La participación, 2003, 37. Referencia a la STS 4 de febrero de 1997. Ponente DELGADO GARCÍA. También por MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, Derecho penal, 11.ª ed., 2022, 408. En mi opinión esta no es una conducta propiamente cotidiana –sí neutral–, de difícil ubicación en este grupo puesto que, a diferencia de las demás, no está cubierta por ejercicio de un derecho u oficio lícito, sin embargo, no debe ser punible por no ser de interés para el Derecho penal de lesividad y necesidad.

¹⁷ ROBLES PLANAS, La participación, 2003, 37. Hace referencia a la STS 9355/1993, 14/07 (TOL 5.105.432); «Deducimos la posición de garante de ella, que permite su condena en un caso de conducta omisiva como si de participación activa se tratara, de tres circunstancias acreditadas en la forma antes expuesta: 1.º El hecho del parentesco entre ambos junto con la importante diferencia de edad (...) De tales circunstancias puede deducirse un ascendiente moral de ella sobre él, (...) 2.º Además de tal vinculación familiar existía otra de tipo laboral, consistente en que ella era la dueña de la pensión y él era el encargado de tal establecimiento. 3.º Y sobre tales dos vinculaciones de orden personal hemos de colocar otra de carácter real, el hecho de que la venta de droga tenía lugar en la referida pensión de la que ella era dueña. Entendemos que estas tres circunstancias, a través de las cuales Érica se encontraba especialmente vinculada al negocio de la venta de drogas, aunque entenderíamos que ella no había tomado parte activa en el mismo, son suficientes para condenarla por consentir algo que pudo y debió evitar».

¹⁸ Para MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN este caso y el de indicar la dirección del sitio de venta de drogas pueden entrar como autoría según la configuración legal del tipo, pero sería excesivo, confirmando así el problema señalado sobre su amplitud y su perspectiva extensiva. MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, Derecho penal, 11.ª ed., 2022, 408.

¹⁹ ROBLES PLANAS, La participación, 2003, 38.

²⁰ FRIEYRO ELICEGUI, El delito de tráfico, 2017, 580. Para mí, excepto que no fuese un caso de autoría mediata por error del instrumento, este caso no estaría cubierto por las causales de ausencia de ejercicio de un derecho, y no es neutro, es ilícito y cubierto por el injusto penal ya que, no solo no hace parte de la actividad empresarial, sino que tiene relevancia para la vulneración del bien jurídico. Distinto es también el simple transporte doloso de la droga por parte del encargado (si es parte de la organización) para tal fin. QUERALT JIMÉNEZ, Derecho Penal español. Parte Especial, 7.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 1098.

²¹ V. fundamentalmente BLANCO CORDERO, Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito, Comares, Granada, 2001. ROBLES PLANAS, La participación, 2003. También, ROCA DE AGAPITO, Las acciones cotidianas, 2013. Y LANDA GOROSTIZA, La complicidad delictiva en la actividad laboral cotidiana (contribución al «límite mínimo» de la participación frente a los «actos neutros»), Comares, Granada, 2002.

²² En defensa, MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, Derecho penal, 11.ª ed., 2022, 407 s. ROXIN, Leipziger Kommentar, und Strafgesetzbuch, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1985. La imputación se realizará si existe «una referencia de sentido delictiva». Es decir, que si para el autor, la acción del favorecedor no tiene otro sentido más que el delictivo. En sentido similar el discípulo de Roxin, WOHLLEBEN, Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen, 1996, C. H. Beck, München, 106-118. Cit. Por ROBLES PLANAS, La participación, 2003, 58-62.

puedan brindar mayor seguridad jurídica y acercar el modelo de DP a parámetros de intervención conformes con los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y lesividad material²³. Pero sí es importante dejar sentado que se defiende la perspectiva objetiva que prioriza como ámbito de referencia, para la delimitación, el externo al sujeto, principalmente desde el criterio, bien fuere, de la imputación objetiva o desde perspectivas mixtas, por considerar en primer lugar que; lo meramente subjetivo, como el dolo, no puede ser la base para la calificación objetiva de una conducta,²⁴ segundo, porque solo desde un enfoque material se puede derivar una real vinculación de la conducta de cooperación y el bien jurídico tutelado²⁵, y tercero porque, estas teorías permiten mayor concreción del principio de accesoriedad, así como la mejor adopción sustancial de un concepto restrictivo de autor, siempre y cuando plantea una interpretación restrictiva de la parte objetiva del tipo²⁶. Así, lo relevante no es si una conducta puede ser calificada como neutral o no, sino si la parte objetiva de los tipos de participación alcanzan o no a las conductas neutrales o cotidianas²⁷, con lo cual, siguiendo una teoría objetiva restrictiva –sujeta a la imputación objetiva con referencia del daño al bien jurídico–, la mayoría de las conductas relacionadas podrán ser ubicadas fuera del ámbito típico, sin embargo, lo preocupante de las mismas, es que, según la doctrina mayoritaria, así deben ser consideradas más allá del debate sobre el criterio más idóneo²⁸, pero de igual manera son objeto de una mayor dificultad jurisprudencial en su exclusión, tratándose del tipo penal del artículo 368 CP, que extiende su cobertura legal hasta tocar este universo de comportamientos fundamentalmente neutrales, cotidianos o insertos

²³ Defiende sustancialmente esta perspectiva en España, LÓPEZ PEREGRÍN, La complicidad en el delito, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, 253 ss. FEJOO SÁNCHEZ, Límites de la participación criminal: ¿existe una «prohibición de regreso» como límite general del tipo en derecho penal?, Comares, Granada, 1999, 59. Sostenido en FEJOO SÁNCHEZ, Límites de la participación criminal: ¿existe una «prohibición de regreso» como límite general del tipo en Derecho penal? Olejnik, Buenos Aires, 2018, 49. BLANCO CORDERO, Límites a la participación delictiva, 2001, 147 ss. LANDA GOROSTIZA, La complicidad delictiva en la actividad laboral cotidiana, 2002, 217 ss. ROCA DE AGAPITO, Las acciones cotidianas, 2013, 146, 145. En general ROBLES PLANAS, La participación, 2003.

²⁴ ROBLES PLANAS, La participación, 2003, 64 ss. No significa que el dolo no sea requisito indispensable de la calificación, pero nunca el fundamento de tal.

²⁵ En similar sentido FRIEYRO ELICEGUI, El delito de tráfico, 2017, 581.

²⁶ Sobre las críticas a tal perspectiva, ROBLES PLANAS, La participación, 2003, 64-75. «Debe escogerse el ámbito objetivo del tipo por una principal razón sistemática; si se considera que la cuestión relativa a la relevancia penal de las conductas neutrales de intervención en el delito cae de pleno dentro del ámbito de la libertad general de actuación, de ahí se desprende que se trata de un problema a resolver en el marco de la relevancia del riesgo desde el punto de vista objetivo que estas conductas comportan para los intereses o bienes penalmente protegidos. (...) En efecto, el tipo objetivo, entendido de una forma restrictiva, permite excluir el castigo de la mayoría de los casos de intervenciones neutrales en el delito. Y son dos las posturas a favor de lo anterior; basadas en la adecuación social y en la imputación objetiva.»

²⁷ ROBLES PLANAS, La participación, 2003, 75.

²⁸ BLANCO CORDERO, Límites a la participación delictiva, 2001, 33.

en las actividades diarias cobijadas por el ejercicio lícito de derechos, oficios, cargos, o deberes socio-jurídicamente legítimos. De ahí que se perciba una inmersión del tipo en el ámbito de lo permitido, hasta el punto de dificultar el correcto ejercicio de la libertad que el Derecho y la sociedad, cotidianamente, procura, poniendo en riesgo los principios de legalidad, igualdad, y seguridad jurídica²⁹.

IV. CONCLUSIONES

De lo visto, sea debido a la problemática de abarcar desde el tipo a las conductas neutrales como especies de «daños colaterales» en exceso y aparentemente asumidos por el legislador, y/o a la consolidación tarifaria de la complicidad³⁰, el sustancial cómplice de tráfico de drogas no se encuentra dónde debe ir. Si se sigue una radical interpretación formal de la autoría tal cual el tipo del artículo 368 CP propone, el único que realmente, aunque en muy pocos casos no cobijados por los verbos de favorecer o promover, ni las figuras de participación intentada punible del artículo 373 CP, sería partícipe es el inductor, penado también como autor. Basándose en el favorecimiento del favorecedor, o lo que es en realidad la complicidad de la complicidad, se ha permitido una punición del cómplice en casos en que sería autor, o no sería nada. Incluso, si los jueces actuaran con base en la norma, desde lo formal o desde un concepto extensivo objetivo o unitario de autor, sin apelar a los criterios político-criminales de restricción punitiva analizados, estos sujetos no serían cómplices, sino autores, ya que al facilitar al que facilita, o favorecer al que se favorece, realmente se facilita y favorece el consumo ilegal de drogas. El tipo penal no dice, «el que facilite, favorezca, a los que cultiven, trafiquen, etc., drogas», verdadera fórmula que volvería cómplice y no autor, al que favorezca al favorecedor (autor) que limita con el traficante (autor también), sino que dice, «el que facilite, favorezca el consumo ilegal de drogas», con lo cual, todo acto en la cadena, así sea facilitar al que facilita, se reputa de autor según el CP, por conectar, más allá de otros autores, con el consumo ilegal en sí mismo, y, por tanto, sin limitación en la cadena de contribuciones o condiciones. Lo que sucede es que los aplicadores, en aras de limitar la extensión del tipo, han intentado ubicar, desde la

²⁹ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, 48.

³⁰ MONTERO LA RUBIA, AP, 31, 2003, 777-789. La falta de un criterio preciso de diferenciación entre autoría y complicidad obliga a acudir a un sistema de lista, para, según el momento, saber si una conducta será imputada a título de complicidad. También MONTERO LA RUBIA, *Delitos contra la salud pública*, 2007, 40-44.

lesividad del comportamiento o antijuridicidad material, ciertos actos de poca importancia como de complicidad y no de autor, con el fin de hacer alguna clase de distinción, pero lo que acontece es que tales actos no se dan dentro de la materialidad del delito, sino dentro de la formalidad del tipo, con lo cual se eligen actos que encajan en la descripción pero por su poca dañosidad o importancia se vuelven excepcionalmente de complicidad, cuando podrían quedar excluidos. Esto no desconoce algo de mérito en quienes buscan limitar tanta amplitud punitiva, pero es ciertamente incompatible con las bases de imputación ya que se están incluyendo como cómplices a quienes materialmente no deben siquiera ser considerados sujetos punibles para el Derecho penal, aunque formalmente estén dentro del tipo, y los están excluyendo de autoría, a partir de sustentos materiales que luego no utilizan en la imputación y distinción de tales, frente a otras formas de participación. No se debe, si se pretende ser coherente, tomar el criterio de lesividad o antijuridicidad material, del que surge el concepto de nimiedad –usado en la jurisprudencia–, para volver a un autor formal en cómplice y luego no usarlo para distinguir al autor que determina el hecho de quien solo coopera ejecutivamente en él –como se propone en un concepto restrictivo de autor–, o distinguir entre el cooperador necesario y el cómplice. Este concepto unitario funcional se permite en gran medida porque no se consideran vinculantes, en serio, tales principios materiales, como solo se hace para la complicidad en excepcionales casos –más por razones político-criminales–, que ni siquiera deben ser punibles. Los principios del Derecho penal no son meras razones políticas, sino mandatos normativos de fuente constitucional. Por ahora, el cómplice en el delito de tráfico de drogas, a luz de las interpretaciones judiciales, parece ser el sujeto más peligroso de los intervinientes en el *iter criminis*, al ser capaz de aportar a la consumación sin tener que actuar fuera de lo permitido. El camino parece sugerirse, en mi opinión, hacía el traslado de autores o cooperadores necesarios al ámbito material de la complicidad, y exclusión de actuales cómplices del marco imputable, pero ello sería objeto de otro trabajo, ya que este solo pretende fijar como tesis la ausencia sustancial de dicha figura con relación a tal conducta punible, y el llamado urgente a su búsqueda con la mayor sujeción posible a los principios liberales del DP, que le devuelvan al tipo la accesoriad perdida. Al maestro homenajead, toda mi gratitud, admiración y respeto por estar siempre presente. Sus enseñanzas, obra y vida son parte fundamental de un legado académico y personal que toda escuela necesita para sembrar y crecer. Siempre recordaré su trato amable y respetuoso, así como el gran aporte que fue su camino para el de otros tantos que, hoy, le dan las ¡Gracias!

CAPÍTULO LVIII

CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO: ESPECIAL MENCIÓN A LOS DELITOS DE ALTERACIÓN DE PRECIOS EN EL MERCADO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

LINA MARÍA CARDONA CARDONA

Doctora en Derecho por la Universidad de Alcalá, Madrid. Magistrada
Auxiliar de la Corte Suprema de Justicia de Colombia

Dedicatoria: Querido profesor de Vicente Remesal, presento este artículo en tu homenaje, gracias por tus innumerables contribuciones a la ciencia del Derecho penal, así como por tu gran calidad humana.

I. INTRODUCCIÓN

Según el principio de ofensividad, lesividad o exclusiva protección de bienes jurídicos, toda norma penal debe estar dirigida a evitar la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos legítimamente protegibles. De este principio, de rango constitucional, se deriva a su vez la exigencia de antijuridicidad material de la conducta, cuya constatación resulta esencial para determinar si existe o no un injusto penal.

Que una conducta sea materialmente antijurídica significa, como lo pone de relieve Luzón Peña, que afecte –en términos de lesión o puesta en peligro reprochable y grave– a un bien jurídico protegido y al propio Derecho. Su exigencia no solo constituye un límite al *ius puniendi*, sino que, desde un punto

de vista externo, fundamentaría la supresión de aquellas conductas prohibidas que no afecten tales intereses. También, desde un punto de vista interno, o de *lege lata*, exigir antijuridicidad material trae consecuencias a la hora de valorar si una conducta, que formalmente encaja en un tipo penal, merece el calificativo de lesiva¹.

Y es que existen comportamientos que, pese a encuadrarse en una descripción típica, o no lesionan o ponen en peligro un bien jurídico o, de hacerlo, no implican un ataque al propio Derecho –por ejemplo, si por razones de ponderación de intereses el bien lesionado ha dejado de estar protegido–. La ausencia de antijuridicidad material de la conducta puede ser fruto de una causa de exclusión de la tipicidad o de la existencia de causas de justificación, es decir, de ciertas circunstancias que excluyen la ilicitud de una conducta que en principio ha sido catalogada como típica.

El estudio de las causas de exclusión de la antijuridicidad y su aplicación a los delitos económicos no ha sido pacífico. De hecho, hay autores que advierten, como lo hace Martínez-Buján Pérez sobre la escasa operatividad que estas pueden tener en el marco de los delitos económicos², o quienes, como Silva Sánchez abogan por la profundización de su estudio en el ámbito económico empresarial, tras entender que las tradicionales causas de justificación –legítima defensa y estado de necesidad– resultan inadecuadas para resolver los problemas que surgen en estos escenarios³.

En el presente texto pretendo abarcar el estudio de dos causas de justificación, a saber, el ejercicio legítimo de un derecho y el estado de necesidad, respecto del delito de alteración de precios en el mercado, regulado en el artículo 284.1 del Código Penal español en los siguientes términos:

«Se impondrá la pena de prisión de seis meses a seis años, multa de dos a cinco años, o del tanto al triplo del beneficio obtenido o favorecido, o de los perjuicios evitados, si la cantidad resultante fuese más elevada, e inhabilitación especial para intervenir en el mercado financiero como actor, agente o mediador o informador por tiempo de dos a cinco años, a los que:

1.º Empleando violencia, amenaza, engaño o cualquier otro artificio, alterasen los precios que hubieren de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, instrumentos financieros, contratos de contado sobre ma-

¹ LUZÓN PEÑA, Lecciones de Derecho penal general (PG), 3.ª ed., 2016, 13/1-12.

² MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico y de la empresa, Parte general (DPE, PG), 5.ª ed., 2016, pp. 425 ss.; MENDO ESTRELLA, ADPCP, 2012, p. 239.

³ SILVA SÁNCHEZ, Fundamentos del Derecho penal de la Empresa, 2.ª ed., 2016, pp. 33 ss.

terias primas relacionadas con ellos, índices de referencia, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiere corresponderles por otros delitos cometidos».

Si bien las aludidas críticas podrían extenderse a los delitos de alteración de precios, no parece que los argumentos sobre la escasa operatividad de las tradicionales causas de exclusión de la antijuridicidad (tanto causas de atipicidad como de justificación), o la falta de desarrollo de nuevas eximentes, puedan justificar los pocos pronunciamientos que la doctrina ha realizado sobre la materia. Es cierto que existe una particular dificultad en el estudio dogmático de delitos que, como el que aquí se analiza, requieren un conocimiento mínimo de otras áreas del Derecho, así como de otras disciplinas. No obstante, como se verá a continuación, aun en estos casos sigue siendo posible valorar la concurrencia de ciertas causas justificación consideradas como tradicionales, aunque con algunos matices.

II. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN Y SU OPERATIVIDAD EN EL DELITO DE ALTERACIÓN DE PRECIOS

Las causas de justificación, como se expuso anteriormente, son circunstancias que excepcionalmente excluyen la ilicitud de una conducta que en principio se encuadra dentro de un tipo penal. Estas se encuentran reguladas en el artículo 20, números 4.º, 5.º y 7.º CP, y se corresponden con las figuras de la legítima defensa, el estado de necesidad y el cumplimiento del deber o el ejercicio legítimo de un derecho, dentro de los que encajan también el ejercicio legítimo del cargo –que puede suponer derechos o facultades o incluso deberes del cargo– y el de una profesión⁴. Aunque estas eximentes pueden operar respecto de cualquier delito, en el ilícito de alteración de precios resulta complejo plantearse la existencia de alguna de estas.

A diferencia de la legítima defensa, el estado de necesidad o el ejercicio de legítimo de un derecho pueden ser causas de justificación más relevantes en materia de delitos económicos. De hecho, como advierte Silva Sánchez, si hay alguna causa de justificación protagonista en el ámbito económico empresarial esta es la del ejercicio legítimo de un derecho⁵, en donde su titular tiene la li-

⁴ Cfr. ampliamente LUZÓN PEÑA, PG, 3.ª ed., 2016, 25/1-85.

⁵ SILVA SÁNCHEZ, Fundamentos del Derecho penal de la Empresa, 2.ª ed., pp. 33 ss.; BUJÁN PÉREZ, DPE, PG, 5.ª ed., 2016, p. 443.

bertad de decidir si usa las facultades que este le concede, pese a que ello afecte bienes jurídicos ajenos⁶.

1. La eximente del ejercicio legítimo de un derecho

Para determinar si el ejercicio de un derecho es legítimo, se debe estudiar cada derecho en particular, pues solo de esta manera se puede conocer cuál es la forma legítima de ejercerlo, en qué casos el sujeto rebasa los límites del derecho –supuesto en el que habrá un exceso intensivo– o en qué casos se encuentra ya fuera de su ámbito –lo que dará lugar a un exceso extensivo, al no concurrir el elemento esencial de la correspondiente causa de justificación–. En todo caso, si bien desde un plano teórico el ejercicio legítimo del derecho puede darse en delitos económicos, lo cierto es que ello dependerá en gran medida de la forma en la que se encuentre consagrado el respectivo tipo penal. Por ejemplo, en el caso de la conducta punible descrita en el art. 284.1, 1.º CP, se dificulta su aplicación en la medida en que, si en este se consagran ciertas modalidades violentas o fraudulentas a través de las cuales se deben alterar los precios, en la gran mayoría de los casos la ejecución de estos comportamientos haría que se rebasaran los límites de un derecho.

A continuación, se propone un caso para analizar la posible concurrencia o no de tal eximente. En el año 2017, la Fiscalía Anticorrupción acusó a la empresa eléctrica Iberdrola por una conducta de alza artificial del precio de la energía entre el 30 de noviembre y el 23 de diciembre de 2013, lo que trajo como consecuencia la obtención de un beneficio ilícito de aproximadamente 20 millones de euros para la empresa acusada⁷. Según la Fiscalía, Iberdrola puso en marcha un sistema para incrementar el precio de la energía que comercializaba, «más allá del que debiera resultar de la libre concurrencia de la oferta y la demanda», al elevar los precios ofertados por unas centrales hidroeléctricas de su propiedad, para que así gran parte de su energía se quedara por fuera –no fuera «casada»– del mercado diario y, en consecuencia, se tuviera que acudir a otras centrales más costosas que marcarían un precio más elevado de la energía⁸.

⁶ Así LUZÓN PEÑA, PG, 3.ª ed., 2016, 25/11.

⁷ Se precisa en este punto que en España existe responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 31 bis CP).

⁸ VÉLEZ, Así fue la manipulación del precio de la luz que ha llevado a Iberdrola ante Anticorrupción (11/05/2017), elDiario.es, disponible en http://www.eldiario.es/economia/manipulacion-precio-llevado-Iberdrola-Anticorrupcion_0_642536223.html.

En el caso referido ocurre una cuestión bastante especial y es que, por una parte, la conducta desplegada por la empresa se encuadra en principio en un tipo penal (art. 284.1.1.º CP) que busca proteger la libre competencia, pero, por otra parte, la empresa dice haber actuado y fijado los precios de la energía como consecuencia de una decisión empresarial dentro del contexto de una economía de mercado y donde opera la libre fijación de precios, es decir, precisamente siguiendo los postulados de la libre competencia (ejerciendo legítimamente su derecho). La especialidad del caso radica en que estas dos cuestiones, que son presentadas de manera antagónica, forman parte de un mismo todo. Y es que de la libre competencia se deriva el derecho a la libertad de empresa. Esto quiere decir que, si un tipo penal protege la libre competencia, indirectamente salvaguarda derechos como el de la libertad de empresa. No obstante, ni la libre competencia es absoluta, ni tampoco lo es la libertad de empresa. El límite más notorio en estos derechos es la intervención estatal en la economía, lo que en el caso español se traduce en un modelo de economía de mercado mixto, en una libre competencia relativa y en una libertad de empresa con límites.

En el caso del mercado de energía, aunque existe un margen para la libre competencia, esta se ve limitada por la regulación de este mercado, por ejemplo, a través de las obligaciones que les impone la ley a los generadores de energía de presentar ofertas y producir según su capacidad y la demanda que haya del servicio. Así las cosas, en el caso de la manipulación de la energía, la legislación administrativa ha limitado, por así decirlo, el ejercicio absoluto de la libertad de empresa (que en otros contextos podría ser invocada para justificar la decisión de los empresarios de ofertar al precio que ellos consideren y de producir la cantidad de mercancía que consideren pertinente). Teniendo presente el anterior panorama, si se traslada esto al estudio de las causas de justificación, la realización del delito del artículo 284.1, 1.º CP no podría justificarse aduciendo el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de empresa, pues, en este contexto, quienes han intervenido en el delito han rebasado los límites del ejercicio legítimo.

2. La eximente de estado de necesidad

En lo que se refiere al estado de necesidad, corresponde brevemente exponer los requisitos que deben darse para que opere dicha causa de justificación. De conformidad con el artículo 20.5.º CP obra en estado de necesidad el que, para evitar un mal propio o ajeno, lesione un bien jurídico de otra persona

o infrinja un deber, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: i) que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar; ii) que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto; iii) que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

Teniendo en cuenta esta regulación, antes de valorar su aplicación en el delito de alteración de precios es importante aclarar si un sujeto puede obrar en estado de necesidad pese a lesionar bienes jurídicos de carácter colectivo (como lo sería el bien jurídico vulnerado por el delito del artículo 284.1.º CP) y no propiamente de una persona, tal y como lo indica el artículo 20.5.º CP.

En este punto, como lo ha indicado Luzón Peña, cabe otra interpretación distinta a la anterior, esto es, que, aunque el CP se refiera expresamente a la lesión de bienes jurídicos de otras personas, la afectación de bienes de la comunidad (bienes jurídicos colectivos) puede ser subsumible en la alternativa que la propia ley establece, a saber, en la expresión «infrinja un deber»⁹. Zanjada esta cuestión, es momento de valorar cómo podría operar esta eximente cuando el sujeto ha realizado el delito de alteración de precios del artículo 284.1, 1º CP para evitar un mal propio o ajeno¹⁰.

Como se ha dicho con anterioridad, en la doctrina son escasos los pronunciamientos en esta materia. Por ejemplo, González Rus (1986:234), uno de los pocos autores que se ha pronunciado al respecto, propone valorar un posible estado de necesidad en el supuesto en el que se alteran los precios del mercado como consecuencia de una competencia ilegal¹¹, aunque no desarrolla a profundidad de qué manera podría ser aplicada tal eximente. Tal vez ello sea así debido a la gran dificultad que supone valorar cada uno de los requisitos que exige esta figura y verificar su cumplimiento en un determinado supuesto. Y es que, al parecer, para la aplicación del estado de necesidad en delitos económicos y, más concretamente, en el delito de alteración de precios, primero habría que superar una serie de obstáculos que demandan conocimientos extrapenales y extrajurídicos.

Siguiendo la exposición de Luzón Peña sobre los requisitos del estado de necesidad¹², el primer problema que habría que solucionar es si efectiva-

⁹ LUZÓN PEÑA, PG, 3.ª ed., 2016, 24/20. MIR PUIG, Derecho penal. Parte general (DP, PG) 10.ª ed., 2016, 17/57.

¹⁰ La diferenciación entre un estado de necesidad propio o un estado de necesidad ajeno adquiere una especial relevancia en los delitos económicos cuando es la persona jurídica (empresa) la que se ve «necesitada». Al respecto cfr. FREELAND, en Yaccobucci (dir.), Derecho Penal empresario (DP empresario), 2010, pp. 175 ss.

¹¹ GONZÁLEZ RUS, Los intereses económicos de los consumidores, 1986, p. 234.

¹² Sobre los requisitos del estado de necesidad se sigue la exposición de LUZÓN PEÑA, PG, 3.ª ed., 2016, 24/11-51.

mente puede darse una situación de necesidad (primer requisito esencial del estado de necesidad) en la que uno de los bienes en juego sea la libre competencia. En la ciencia económica desde luego es bastante común la existencia de «conflictos» entre la libre competencia y el patrimonio de los empresarios. Sin las reglas destinadas a preservar o implementar una libre competencia, los agentes del mercado buscarían un poder de mercado que les permita establecer sus precios por encima del que correspondería de operar las leyes de la oferta y la demanda. En otras palabras, con la libre competencia los empresarios tienen menos posibilidades de acrecentar su patrimonio a partir de una fijación arbitraria de precios.

Que estos conflictos sean visibles desde un punto de vista económico no quiere decir que ello, primero, sea relevante, y, segundo, extrapolable al ámbito penal. Pero es que, además, si se tiene en cuenta que uno de los beneficios que se proclama de la competencia es la depuración de las empresas ineficientes, parece que, si el empresario no ha sido capaz de hacer rentable su negocio, la desaparición de la empresa –y, por ende, de su patrimonio– es algo acorde al sistema económico imperante¹³.

Así las cosas, no solo resulta difícil, sino aparentemente contraproducente, admitir la existencia de una situación de necesidad como consecuencia de un conflicto entre la libre competencia y el patrimonio de un empresario, que sería uno de los escenarios más comunes. Aunque sea difícil admitir una causa de justificación en este terreno, no puede olvidarse que no solo la afectación de la libre competencia genera consecuencias negativas para la economía. Por ejemplo, si el patrimonio del empresario se ve afectado, esto puede llevar a que se disminuya el empleo; si se disminuye el empleo, lo usual es que, quienes no cuenten con trabajo consuman menor cantidad de bienes y servicios; si se disminuye el consumo, o desde otra perspectiva, si baja la demanda, esto impacta en los precios de los productos; si los precios bajan esto puede volver a afectar la variable empleo, pues no tendrá el empresario el suficiente capital para invertir en mano de obra, de modo que podría iniciarse un nuevo ciclo de consecuencias negativas para la economía como las anunciadas con anterioridad. Se insiste que, aunque desde una esfera penal puede que no se den los presupuestos para alegar una causa de justificación, la inclinación de la balanza hacia uno u otro extremo tampoco debe tomarse a la ligera.

Ahora bien, ¿qué pasaría si no es simplemente el patrimonio de la persona jurídica el que se ve puesto en peligro, sino que de lo que se trata es de

¹³ Cfr. PASCUAL PONS, Rev. ICE, 905, 2018, pp. 113 ss.

solventar una crisis económica que afecta puestos de trabajo e incluso los medios de subsistencia de los empleados?¹⁴

La existencia de un posible estado de necesidad para superar una crisis económica en el ámbito empresarial ha sido analizada, por ejemplo, en el caso de delitos de defraudación tributaria, defraudación a la Seguridad Social y delitos contra el medio ambiente. En estos supuestos la doctrina, pese a plantear la posible existencia de esta causa de justificación en un plano teórico, suele descartar su aplicación aludiendo a la falta de una situación de necesidad actual e inminente¹⁵.

En lo que se refiere propiamente a la competencia económica, según señala Martínez-Buján Pérez, es dominante la doctrina que considera que las dificultades económicas de una empresa, como producto de los riesgos propios del libre mercado, no pueden ser trasladadas a otras empresas o a la sociedad, con lo cual no podría plantearse en estos supuestos la aplicación de una eximente como el estado de necesidad. Pero aclara que, si los peligros que afronta la empresa son ajenos al libre mercado, la doctrina es menos reacia en la aplicación de esta eximente¹⁶.

Es en este segundo grupo donde se podría incluir aquel supuesto propuesto por González Rus, en el que se realiza un delito de alteración de precios para evitar la ruina de la empresa, como consecuencia de una competencia ilegal – siempre y cuando se entienda que el peligro generado por la competencia ilegal (de otros competidores) no forma parte de los riesgos propios del libre mercado–. Si bien con este razonamiento se puede llegar a superar el primer requisito del estado de necesidad (se enfrentarían, por una parte, el bien jurídico de la libre competencia y, por otra, los bienes jurídicos individuales que se verían afectados si el peligro que genera la competencia ilegal no se evita), es decir, se podría afirmar que se está en presencia de una situación de necesidad

¹⁴ Existe un sector doctrinal que admite el estado de necesidad en ciertos supuestos de crisis económica y para determinados delitos socioeconómicos. Al respecto cfr. NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios*, 1996, pp. 183 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPE*, PG, 5.ª ed., 2016, pp. 440 ss. En la doctrina alemana, TIEDEMANN, *Lecciones de Derecho penal económico*, 1993, pp. 189 ss.; DANNECKER, *RP*, 3, 1999, pp. 18 ss. En la doctrina latinoamericana véase a GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, Parte general, 2003, p. 631.

¹⁵ Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPE*, PG, 5.ª ed., 2016, pp. 440 ss. En cuanto al delito de contaminación ambiental véase DE LA CUESTA ARZAMENDI, *RP*, 4, 1999, pp. 40 ss. Sobre el delito de defraudación tributaria BAJO /BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho penal económico*, 2.ª ed., 2010, p. 311.

¹⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPE*, PG, 5.ª ed., 2016, p. 442. Es importante aclarar que el análisis propuesto por el autor se basa en consideraciones relacionadas con el Derecho comunitario. En similar sentido NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios*, 1996, p. 184.

que puede obligar al sujeto a actuar, los siguientes requisitos de esta eximente no son menos difíciles de comprobar¹⁷.

Siguiendo con el anterior ejemplo, supóngase que la competencia ilegal se concreta en la venta de los productos de un competidor por debajo de su coste de producción¹⁸. Para verificar si se cumple el segundo requisito del estado de necesidad, esto es, la acción salvadora, la pregunta que habría que hacerse es si alterar los precios del mercado, mediante alguna de las modalidades de ejecución que consagra el delito del artículo 284.1.1.º CP, puede ser realmente una acción idónea para salvar los bienes jurídicos que se ven afectados por una conducta atentatoria, a su vez, de la libre competencia. Es decir, en último término, la cuestión se reduce a determinar si una conducta que lesiona la libre competencia (la alteración de precios) puede ser el remedio para salvaguardar lo que otra conducta, que también afecta el desarrollo normal de este bien jurídico (el *dumping*), pone en riesgo o lesiona.

La cuestión sobre la viabilidad de trasladar a la sociedad las consecuencias de afectar la libre competencia, para salvaguardar bienes jurídicos cuya puesta en peligro gira en torno a la subsistencia de una determinada empresa, debería responderse teniendo en cuenta las consideraciones que la doctrina ha ofrecido para aquellos casos donde son los propios riesgos del libre mercado los que ponen en peligro determinados intereses. Es decir, habría que responder en este caso en términos negativos. Y es que es un contrasentido afirmar que los efectos nocivos que genera una conducta anticompetitiva (competencia ilegal) pueden paliarse con otra conducta lesiva de la libre competencia¹⁹. En todo caso, aunque el peligro de un comportamiento contrario a la competencia no se solucione con otro comportamiento de similar naturaleza, tal vez sí ocurra que, al menos, en un determinado periodo, la situación de ciertos bienes

¹⁷ En todo caso, al igual que ocurre en los delitos de defraudación tributaria y de defraudación a la Seguridad Social, la dificultad a la hora de establecer la existencia de una situación de necesidad actual o inminente (muchas de las crisis económicas empresariales son producto de largos periodos de desequilibrio) puede traer como consecuencia la imposibilidad de apreciar el primer requisito del estado de necesidad en materia de alteración de precios.

¹⁸ A estas conductas se le denomina *dumping*, prohibido en el art. 14 de la Ley 7/1996, de 15-1, de Ordenación del Comercio Minorista.

¹⁹ No se puede olvidar que el delito del artículo 284.1.1.º CP también castiga aquellas conductas violentas a través de las cuales se alteran los precios del mercado. Si esto es así, parece que la decisión sobre si se admite un posible estado de necesidad cuando se ha utilizado medios violentos está más clara. Y es que resultaría inaceptable, por ejemplo, decir que se encuentra justificada o parcialmente justificada una conducta que, para evitar los males que produce un acuerdo colusorio (competencia ilegal) a ciertos productores, se lleva a cabo empleando violencia (piénsese en la detención ilegal de los empleados y la afectación en la producción o en la destrucción de los bienes de los competidores que se han coligado) para alterar los precios. Distinto sería el caso de aquellos medios comisivos del delito de alteración de precios en el mercado como el engaño y la realización de «cualquier otro artificio», los que dejarían abierta la posibilidad de recurrir a medios no necesariamente violentos.

individuales –patrimonio de la persona jurídica, subsistencia de puestos de trabajo, de medios de producción– que se ven en peligro pueda ser «contenida» mediante la alteración de precios.

Un caso bastante llamativo en materia de defensa de la competencia (en el ámbito administrativo) se dio en Alemania, en concreto, en el mercado de lácteos. En 2008, la Asociación Federal de Productores Lecheros alemanes recomendó la fijación de precios para estabilizar el precio de la leche cruda, de tal manera que este cubriera los costes de producción. También decidió reducir el suministro de este producto y así contrarrestar posibles quiebras de productores. Pese a que tal conducta fue constitutiva de una infracción contra la libre competencia, la autoridad alemana de la competencia (Das Bundeskartellamt) se abstuvo de imponer una multa, teniendo presente el desequilibrio en la formación de los precios de la leche en detrimento de sus productores. Pero tampoco resolvió dicha autoridad el conflicto en contra de los consumidores, pues en su entender el problema de los precios de la leche no podía haberse resuelto a través de una cartelización.

Así, aunque la autoridad alemana de la competencia no justifica la conducta realizada por la asociación de productores de leche, y además les advierte que en caso de reincidencia serían sujetos a una sanción, decide no sancionar. Si esta problemática se traslada al campo penal, aunque la aplicación del estado de necesidad siga siendo problemática, habría que valorar si existe alguna otra herramienta que permita, en este escenario, llegar a una solución similar a la tomada por la autoridad alemana de la competencia. Pero el caso no solo es interesante por la decisión del ente administrativo, sino también por el razonamiento que lleva a cabo el Oberlandesgericht de Düsseldorf al resolver el recurso contra la referida decisión. En concreto, aunque dicha Corte confirma la decisión recurrida, advierte que, en un sistema de libre competencia, el precio debe basarse en los criterios de oferta y demanda y el precio resultante debe ser aceptado por los participantes del mercado, incluso si este no cubre los costos de producción. Esto quiere decir que su postura se compagina con una visión bastante liberal de la economía del mercado, en la que en último término le corresponde al oferente asumir tal desequilibrio²⁰.

Aun si se admitiera para estos últimos casos (o similares), de manera especialísima, la existencia de una acción salvadora –requisito que junto con la situación de necesidad configurarían un supuesto de estado de necesidad in-

²⁰ Sobre este asunto véase OLG Düsseldorf, 9/09 de 2009 (VI-Kart 13/08); BUNDESKARTELLAMT, Sektoruntersuchung Milch (B2-19/08), Zwischenbericht Dezember 2009, pp. 54 ss.; BRÄUNIG, HRRS, 10, 2011, p. 432.

completo— la constatación de los requisitos inesenciales resulta igual de problemática. En cuanto a la necesidad del medio concreto —que supone que el autor no cuente con otras opciones suficientemente seguras, pero menos lesivas que la que ha decidido ejecutar²¹— la aplicación de esta eximente se enfrentaría, por ejemplo, a la comprobación de si el autor ha tenido la posibilidad de llevar a cabo conductas que no lesionen bienes jurídicos para proteger los intereses que se ven amenazados, o en caso de no ser ello viable, si ha tenido la posibilidad de realizar una conducta menos lesiva que la propia alteración de precios.

En cuanto al primer supuesto, serían medios atípicos que permitirían solventar una crisis económica (generada por una competencia ilegal), por ejemplo, solicitar una ayuda estatal, acudir a la banca, revisar el modelo de negocio de la empresa²². Más complicado resulta establecer en el segundo caso qué medios, dentro de los típicos, son más o menos lesivos. Recuérdese que, así como se ha hecho referencia a la posible existencia de un conflicto entre la libre competencia y ciertos bienes jurídicos de carácter individual como consecuencia de una crisis económica, esta misma labor ha sido llevada a cabo por la doctrina cuando el delito de defraudación tributaria, los delitos contra el medio ambiente o la Seguridad Social son los medios escogidos para solventar una situación de conflicto.

Si se tienen todos estos medios dentro del abanico de posibilidades para tratar de proteger ciertos bienes jurídicos (puestos de trabajo, patrimonio de la persona jurídica) que se ven afectados por una crisis económica empresarial, incluido también el delito de alteración de precios del artículo 284.1, 1.º CP, ¿sería posible establecer cuál de estos ilícitos es más o menos lesivo? Teniendo en cuenta las diferentes repercusiones que pueden tener estas conductas no solo en materia económica, sino también social²³, no resulta sencillo hacer una

²¹ Así LUZÓN PEÑA, PG, 3.ª ed., 2016, 24/29-31. Si bien este autor entiende que el requisito de subsidiariedad es un requisito inesencial, tal vez merezca la pena replantear esta cuestión en materia de delitos económicos. Si se entiende la subsidiariedad, derivada de la exigencia de necesidad en abstracto de realizar algo lesivo, como un requisito esencial, el hecho de no acudir a medios atípicos suficientes, antes de alterar los precios del mercado, llevaría a un exceso extensivo y, en consecuencia, a la no aplicación del estado de necesidad (ni siquiera de forma incompleta). MIR PUIG, DP, PG, 10.ª, 2016, 17/62, por ejemplo, sostiene que al menos puede discutirse si realmente existe una necesidad abstracta de defensa (requisito esencial del estado de necesidad) cuando se tiene la posibilidad de evitar una lesión típica «huyendo, esquivando, acudiendo a la ayuda estatal o de terceros».

²² Por ejemplo, FREELAND, en Yacobucci (dir.), DP empresario, 2010, pp. 180 ss.

²³ Por ejemplo, la defraudación tributaria impactaría en la redistribución de los recursos, mientras que las defraudaciones la Seguridad Social en el patrimonio de esta última y muy probablemente en la calidad de los servicios que aquella está obligada a prestar. Sobre la dimensión redistributiva de la obligación tributaria véase TORRES CADAVID, RECPC 20-29, 2018, pp. 26 ss.; La responsabilidad penal del asesor fiscal, 2019, p. 90. Respecto al delito de defraudación a la Seguridad Social cfr. DÍAZ MORGADO, en Corcoy Bidasolo/Gómez Martín, Manual de Derecho penal económico y de la empresa, Parte General y Parte Especial, Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados, 2016, pp. 469 ss.

graduación de los anteriores delitos en función de su mayor o menor dañosa, aunque sí podría hacerse, al menos, en función de la cuantía de la pena y de otros posibles criterios de comparación para la ponderación de intereses²⁴.

Finalmente, el requisito relativo a la falta de provocación intencional, el cual, siguiendo a Luzón Peña, hace referencia a la falta de provocación intencional de la situación no por parte del sujeto que obra en estado de necesidad, sino del necesitado, a quienes otros tendrían que salvar²⁵, tal vez sea menos complejo de comprobar. Si se lograra plantear un caso de estado de necesidad ajeno en el que, por ejemplo, la persona jurídica (empresa) sea el sujeto necesitado, solo cuando esta provoque intencionalmente (esto es con dolo directo, no indirecto ni eventual) su situación de necesidad habría que negar el cumplimiento de tal requisito. Si, por el contrario, la empresa provoca de forma imprudente su situación –por ejemplo, debido al mal manejo financiero que le impide sobrellevar una crisis económica, que de otra manera (si hubiese sido diligente) podría haber logrado²⁶–, no hay razones para negar el cumplimiento de este requisito, aunque sí habría que valorar la concurrencia de un supuesto de *actio illicita in causa*.

III. CONCLUSIONES

1. Aunque es cierto que en los delitos económicos el estudio de las tradicionales causas de exclusión de la antijuridicidad no resulta nada sencillo, la afirmación acerca de su escasa operatividad debe ser cuando menos matizada. En relación con las causas de justificación, a diferencia de la legítima defensa, el estado de necesidad o el ejercicio de legítimo de un derecho pueden tener una mayor relevancia en materia económica. No obstante, en el caso concreto del delito del artículo 284.1.1.º CP su descripción típica dificultaría la aplicación de la eximente del ejercicio legítimo de un derecho. Y es que, si el tipo

²⁴ Sobre los criterios de ponderación de intereses en el estado de necesidad véase más ampliamente LUZÓN PEÑA, PG, 3.ª ed., 2016, 24/33-42; VEGA GUTIÉRREZ, en Luzón Peña (dir.)/Roso Cañadillas (coord.), Derecho penal en casos, Parte General. Estudio analítico-práctico, 2018, pp. 251 ss.

²⁵ Sobre este requisito véase LUZÓN PEÑA, PG, 3.ª ed., 2016, 24/44-46. Por tanto, según él este requisito sólo es aplicable al estado de necesidad ajeno o de terceros. Pero sostiene 24/45, fundamentándolo antes en 21/23 s., 23/89 s. y 24/27, que en los casos de provocación de un estado de necesidad propio y en los de provocación dolosa no intencional o imprudente de un estado de necesidad ajeno, es posible imputar responsabilidad en virtud de la construcción de la *actio illicita in causa* si el delito final admite la comisión imprudente o dolosa eventual.

²⁶ NIETO MARTÍN, Fraudes comunitarios, 1996, p. 183. Este autor señala que, en el Derecho europeo, se ha venido exigiendo que la empresa no haya contribuido con su propio comportamiento a la situación de dificultad, si lo que se pretende es la aplicación de la eximente de estado de necesidad.

penal exige que se lleve a cabo una conducta violenta o fraudulenta para alterar los precios, sostener que se ha ejercido de manera legítima un derecho a través de este tipo de comportamientos resulta discutible.

2. En cuanto al estado de necesidad, este podría llegar a tener una mayor operatividad en el delito de alteración de precios, dependiendo de la visión que se tenga de la economía y del modelo económico español. Si se parte de una perspectiva bastante liberal de la economía, gran parte de los supuestos en los que se encuentren en pugna, por ejemplo, la libre competencia y bienes jurídicos individuales, estos serán resueltos a favor del interés colectivo. Con la anterior visión, por ejemplo, un eventual desequilibrio que se genere entre el precio de mercado y los costos de producción debería ser asumido por el productor. Pero en algunos casos si esto ocurre, y es el productor quien debe aceptar un escenario en donde el precio del mercado no cubre los costos de producción, ello no simplemente puede llevar a la desaparición de una empresa, sino también al desencadenamiento de una serie de efectos, entre ellos, la afectación de empleos, de los medios de subsistencia de los trabajadores, cuyo impacto en la economía también debe ser considerado. Desde esta perspectiva, pues, si tenemos en cuenta un enfoque moderado de la economía de mercado, aunque no sea fácil detectar casos de estados de necesidad completos, pueden presentarse supuestos especialísimos en los que la ponderación de intereses se incline hacia la protección de bienes jurídicos individuales (o incluso también con una doble dimisión, colectiva e individual) en detrimento del bien jurídico colectivo de la libre competencia.

3. A diferencia de lo que propone un sector de la doctrina respecto a la aplicación del estado de necesidad en materia de competencia económica y, en especial, en el Derecho europeo, el mal o el peligro que pudiese ser evitado a través de la realización del delito de alteración de precios no necesariamente tiene que ser fruto de conductas ajenas a los riesgos propios del libre mercado. También puede pasar que un riesgo propio del libre mercado lleve a una vulneración tan extrema de ciertos bienes jurídicamente protegibles, que en un juicio de ponderación se prefiera salvaguardar estos intereses.

4. De todas maneras, se insiste en que la aplicación de la eximente del estado de necesidad en el delito de alteración de precios no es nada sencilla y, en gran parte de los casos, ello no resultar posible o al menos no de manera completa.

CAPÍTULO LIX

¿ALGUNAS LUCES EN LAS ÚLTIMAS REFORMAS DEL CÓDIGO PENAL? DESPENALIZACIÓN DE LA EUTANASIA ACTIVA (LO 3/2021) Y PENALIZACIÓN DE LA INCITACIÓN AL SUICIDIO Y LAS LESIONES (LO 8/2021)

MIRENTXU CORCOY BIDASOLO
Catedrática Emérita de Derecho Penal.
Universitat de Barcelona.
Patrona de la FICP

Es de recibo comenzar este trabajo agradeciendo al profesor Diego Luzón Peña y a su Escuela por haberme invitado a contribuir al homenaje al profesor Javier de Vicente Remesal. Para mí es un honor y, por ello, he pensado mucho en qué tema sería el adecuado, centrándome en dos, en los que ambos hemos trabajado, los relacionados con la imprudencia y con la medicina. Finalmente me he decidido por esto último y, en concreto, por dos cuestiones recientemente reformadas y ligadas a la eficacia del consentimiento respecto de la vida y la salud. Justificadamente, desde la Academia, criticamos las continuas reformas del Código penal y su continua expansión. No obstante, para esta contribución me referiré a dos que, directa o indirectamente, afectan al consentimiento. En un caso, creo que era necesario: la modificación del art. 143, en relación con la eutanasia, y, en el otro, aun cuando con alguna duda, pienso que son defendibles: la tipificación de la incitación al suicidio y a las autolesiones, en los artículos 143 bis y 153 bis del Código Penal.

I. REGULACIÓN DE LA EUTANASIA

1. El debate acerca de la eutanasia se había centrado en el alcance de la protección del bien jurídico vida y, en consecuencia, su disponibilidad por el titular, propiciado en parte por la ambigüedad de la legislación. Se discutía si el reconocimiento constitucional del derecho a la vida genera un deber de vivir (arts. 2.1 CEDH y 15 CE), o incluso un derecho a morir (SSTC 137/1990 y 120/1990, niegan que del artículo 15 CE pueda extraerse la existencia de un derecho a morir, dado que la incompatibilidad implícita de los conceptos vida y muerte obliga a interpretar que en la CE sólo se protege el ejercicio del derecho a la vida), o si tiene una función garantista que genera una obligación del Estado de respetar y proteger la vida de todos. La relativa eficacia del consentimiento en relación con la disposición sobre la vida y la salud se ha fundamentado, tradicionalmente, a partir de concebir estos derechos fundamentales como bienes jurídicos en los que existe un componente supraindividual que determina la concurrencia de una obligación del Estado de protegerlo en contra incluso de la voluntad de su titular. Esta explicación es difícil de fundamentar, por cuanto, si son bienes jurídicos personalísimos, el deber constitucional del Estado de protegerlos decae en el momento en que el titular del derecho declina esa protección. En consecuencia, un amplio sector de la doctrina afirma que la propia vida es disponible, en base a la preponderancia de los derechos fundamentales a la dignidad y la libertad (art. 10.1 CE). Otro sector parte de su indisponibilidad, en base al art. 15 CE, afirmando que de la declaración «*todos tienen derecho a la vida*», no se genera a favor del individuo la facultad de disposición de su propia vida, sin justificar el porqué de este razonamiento.

2. La discusión ha quedado zanjada tras la STC 19/2023, de 22 de marzo, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la LO 3/2021, de 24 de marzo, reguladora de la eutanasia. Su FJ 6.º viene a afirmar, por un lado, que el derecho a la vida se configura como el derecho a la protección de la existencia física de las personas, que comporta para el poder público deberes negativos, o de abstención, y positivos, de protección frente a ataques de terceros o incluso propios, en ciertos contextos. Sin embargo, no puede atribuirse al derecho a la vida un carácter absoluto que imponga a los poderes públicos un deber de protección incondicional que implique un *paradójico deber de vivir* y que, en tal medida, impida el reconocimiento constitucional de decisiones autónomas sobre la propia muerte en situaciones de sufrimiento debido a una enfermedad o padecimiento incurable médicamente constatable y que la persona experimenta como inaceptable.

3. Al respecto no cabe olvidar que la LO 3/2021 está en la misma línea de las diferentes regulaciones que se han ido introduciendo en nuestro entorno jurídico-cultural. Generalmente nos referimos a Holanda, como primer referente en la Unión Europea, ya que, la Ley de 28 de noviembre de 2000 (en vigor desde 1 de abril de 2002), sobre la terminación de la vida a petición y el suicidio asistido, permite también la eutanasia activa, afirmando que ni el uso de una medicación cada vez más fuerte que acelere la muerte, ni tampoco la sedación terminal se consideran eutanasia y, por consiguiente, no requieren el procedimiento y los controles de ésta¹. De acuerdo con la ley holandesa, los enfermos incurables pueden pedir a su médico morir, con la condición de que otro médico ratifique que se encuentren en el final de su vida o en una situación de necesidad sin esperanza. Requisitos necesarios son la estrecha vinculación entre el médico y el paciente, la consulta a un médico independiente e informar del caso al médico forense y al Comité de Revisión Regional. Esta posibilidad de solicitar la muerte se extiende también a los menores, hasta los 16 años, mientras que en el caso de los menores de 16 años necesitan el consentimiento de los padres. En todo caso, antes de la entrada en vigor de la ley, en Holanda existía ya una práctica normalizada de la eutanasia, basada jurídicamente en la justificación de la conducta por estado de necesidad, apoyada y promovida por la organización SCEN (Support and Consultation in Eutanasia in the Netherlands). En Bélgica, tras un amplio debate social, entró en vigor la Ley de 28 de mayo de 2002, con una regulación análoga a la holandesa. Se define la eutanasia como la muerte a petición de una persona que sufre una enfermedad incurable y se cuenta con una Comisión multidisciplinar (8 médicos, 4 juristas y 4 personas cercanas al paciente) y pluralista para controlar la aplicación de la ley. Similar a las leyes holandesas y belgas es la portuguesa y actualmente la española.

¹ En 1995, en el Territorio del Norte de unos de los Estados Federales de Australia se aprobó *el auxilio activo al suicidio por el Rights of the Terminally Ill Act 1995*. Al año siguiente, sin embargo, la *Euthanasia Laws Bill 1996* del Parlamento federal australiano excluyó expresamente de las competencias de los Estados federados la de permitir «la forma de homicidio intencional llamada eutanasia (que incluye el homicidio por piedad) o la asistencia a una persona para terminar con su vida». En Oregón se aprobó por iniciativa popular, en 1997, la *Death With Dignity Act*, que autoriza a los médicos que cumplan ciertas condiciones a prescribir una medicación que facilite el suicidio a cualquier paciente que así lo solicite y lo confirme por escrito, siempre que sea capaz y mayor de 18 años, resida en Oregón y padezca una enfermedad terminal que le vaya a producir la muerte en seis meses. La constitucionalidad de esta ley terminó siendo implícitamente aceptada por el Tribunal Supremo, en enero de 2006, en *Gonzales, Attorney General, et al. v. Oregon et al.* (546 U. S. [2006])

4. La situación en Suiza es gran medida diferente² ya que es de los pocos países en los que existe una regulación penal de la participación en el suicidio, puesto que, en otros países, la ayuda al suicidio se califica como homicidio, por ejemplo, en Gran Bretaña (*Suicide Act 1961*)³, e incluso cualificado como asesinato, como sucede en muchos Estados Norteamericanos o en Francia, por poner dos ejemplos. Desde 1918, en Suiza la posibilidad de ayudar a morir se ha «permitido» a través de una interpretación del artículo 115 del Código Penal suizo, que castiga la prohibición de la inducción y la ayuda al suicidio, limitándola al mismo tiempo, en el sentido, de que la conducta solo será típica cuando se lleve a efecto «por motivos egoístas». A *sensu* contrario, la ayuda a morir, siempre que se haga por motivos altruistas, se consideró que estaba permitida, pero fue el 11 de diciembre de 2001 cuando el Consejo Nacional legitimó oficialmente esta práctica. Con anterioridad a ello la organización *EXIT* (Ayuda libre a morir, dignidad y éxito) llevaba muchos años practicando la eutanasia. Se considera que en la actualidad colabora en que se produzcan anualmente en Suiza un promedio de 300 ayudas a morir⁴. Hay que advertir que la regulación suiza sólo permite la ayuda a morir, entendida como eutanasia pasiva y activa indirecta, mientras que la eutanasia activa directa se considera homicidio doloso. Este tratamiento tan desigual de la eutanasia directa e indirecta, que en su fundamento son idénticas, no está justificado.

5. En Alemania, en cierta medida, la situación es similar a la de Suiza, ya que desde 2020, existen asociaciones dedicadas al suicidio asistido (*Sterbehilfe Deutschland*). Al respecto son relevantes la resolución del BGH que derogó, de facto, la prohibición del homicidio a petición (§ 216 Abs. 1 StGB) y la sentencia del BVerG, de 2 de febrero de 2020, que suprimió la penalización generalizada del «fomento al suicidio asistido» (§ 217 StGB).

² La eutanasia no está regulada, sino que se «permite» en base a la redacción del § 115 StGB, que establece que el auxilio al suicidio no será punible cuando se lleve a efecto por motivos altruistas. Sistema que crea una gran inseguridad jurídica, lo que ha sido ratificado por la STEDH de 14 de mayo de 2013 (Caso Gross vs. Suiza). Siendo por lo demás discutible que las asociaciones *Exit*, *Dignitas* y *Eternal Spirit*, que ofrecen la ayuda a morir sean «altruistas». La primera lo ofrece a ciudadanos y residentes en Suiza que paguen una cuota de unos 50 € anuales y las otras dos a cualquiera, por precios que oscilan entre 7.000 y 10.000 €, sin incluir el viaje.

³ En el caso *Pretty v. United Kingdom* (2002) el TEDH entendió que la muerte de Pretty estaba justificada en base al art. 8 CEDH, por respeto a la dignidad y a la libertad. En la interesante resolución de la Cámara de los Lores en el caso Tony Nicklinson (16-8-12), en la que se plantea si una sentencia que considera homicidio la eutanasia voluntaria es incompatible con el CEDH, llegando a la conclusión de que es una decisión que debe tomarse por el Parlamento con una modificación del *Suicide Act 1961*.

⁴ La cantidad de extranjeros que en los últimos años acudían a Suiza para morir ha llevado al Ministerio de Justicia a establecer que esa regulación sólo es válida para los habitantes o ciudadanos suizos y no para quienes acuden a Suiza para ser ayudados a morir. En España la LO 3/2021, también establece como requisitos para tener derecho a la ayuda a morir tener la nacionalidad española.

En esta última resolución se considera que el castigo de la ayuda al suicidio es inconstitucional, existiendo un derecho general al suicidio, también de las personas física y mentalmente sanas. No obstante, en la misma sentencia, se afirma que ello no excluye que pueda castigarse el auxilio al suicidio siempre que no pueda asegurarse el carácter autónomo de la decisión de quitarse la vida recurriendo al auxilio ajeno⁵. Pese al sentido de estas sentencias, no existe regulación acerca de la eutanasia⁶, manteniéndose, como señala Ziegler, el tabú acerca del suicidio asistido⁷.

6. Una situación, en parte, diferente es la que se plantea en Italia, en la que tampoco existe una regulación específica de la eutanasia y se suscita el debate acerca de su legalidad a partir de resoluciones de su corte constitucional. En Italia, el pronunciamiento de la *Corte di Cassazione*, en el caso Englaro, contribuyó a modificar la situación y está en el origen de la Ley 219/2017, que dedica a la libertad de autodeterminación del paciente el artículo 1. y que posibilita la interrupción del tratamiento por parte del médico⁸. Posteriormente, el pronunciamiento de la *Corte costituzionale*, 240/2019, en el caso Antoniani, amplía el horizonte del tratamiento médico de la persona que se encuentra cercana a la muerte, considerando que no pueden castigarse los supuestos de auto administración de un fármaco letal, medicamento asistido, para acelerar la muerte –suicidio medicamento asistido–⁹. La doctrina italiana discute si el criterio de la *Corte costituzionale* equivale a un derecho a poner fin a la propia existencia ya que en la referida resolución se limitan extraordinariamente los casos en los que es posible el suicidio asistido.

7. Respecto a España, aun cuando son diversas las críticas que pueden realizarse de la LO 3/2021, lo cierto es que era necesaria porque con el artículo 143.4, introducido en 1995, nos encontrábamos en un terreno ambiguo, ya que por un lado, su alcance no era suficiente, ya que era discutible si permitía la cooperación en la eutanasia activa, y, por otro, era poco taxativo ya que no requería la intervención de profesionales sanitarios ni especificaba los requisitos para que el consenti-

⁵ Cfr. COCA VILA, El derecho a un suicidio asistido frente a la prohibición de su fomento como actividad recurrente (§ 217 StGB), InDret 4/2020, evidencia las contradicciones de esta resolución.

⁶ Al respecto, en el Bundestag, se debaten actualmente dos proyectos de ley sobre la eutanasia.

⁷ Cfr. ZIEGLER, Suizid durch Unterlassen? – Neuerungen in der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei der Tötung auf Verlangen, StV, 2023, 65.

⁸ Conducta que entiendo es irrelevante penalmente aun cuando, según la doctrina italiana, podría calificarse como suicidio asistido (art. 580 CP) o homicidio consentido (art. 579 CP)

⁹ En esta resolución se afirma que: «Non punibile, ai sensi dell'articolo 580 del Codice Penale, a determinate condizioni, chi agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di un paziente tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetto da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche e psicologiche che egli reputa intollerabili ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli».

miento fuera considerado una «petición seria y expresa». Con la entrada en vigor de la LO 3/2021, todas esas cuestiones quedan resueltas y, en concreto, respecto del consentimiento se establece cómo debe de ser esa petición e incluso se abre la posibilidad de que se realice a través de un documento de voluntades anticipadas.

II. INCITACIÓN AL SUICIDIO Y A LAS AUTOLESIONES

1. El suicidio se concibe como un *agiere licere* que no está prohibido, lo que supone disponibilidad de la vida limitada por consideraciones garantistas del derecho a la vida. Se trata de la muerte querida de una persona con capacidad racional para decidir libremente sobre su vida. La calificación de la muerte no natural de una persona como suicidio requiere: dolo directo de morir y capacidad de decidir válida y libremente¹⁰. El consentimiento no solo ha de ser libre y válido, sino que además debe de ser actual, por lo que, si una persona decide libremente suicidarse y luego solicita ayuda, quien no se la presta puede incurrir en omisión del deber de socorro. Por lo demás, un sector de la psiquiatría defiende que el suicidio nunca es libre por ser un hecho esencialmente patológico. Estas posturas llevan a un sector de la doctrina a afirmar que quién no socorre a un suicida incurre siempre en omisión del deber de socorro.

2. En todo caso, no son suicidio, desde una perspectiva jurídico penal:

a) Los casos en los que la muerte es un resultado no directamente perseguido por el sujeto, sino consecuencia necesaria o eventual de su actitud o convicciones: huelgas de hambre o Testigos de Jehová que se niegan a recibir transfusiones de sangre sin que exista tratamiento médico alternativo (AATS 14-03-79; 27-09-78). No obstante, un sector de la doctrina los califica también como suicidio por considerar suficiente con que la persona acepte –dolo eventual– su muerte. La alimentación forzada o transfusión en contra de la voluntad del paciente podría calificarse como coacciones (lesión de libertad de conciencia de paciente). No obstante, la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria entienden que estas conductas son obligatorias, en particular, las huelgas de hambre reivindicativas en la cárcel, por concurrir una especial relación de sujeción administrativa que sitúa en posición de garante a los funcionarios penitenciarios (SSTC 137/1990 y 120/1990). Otro sector de la doctrina defien-

¹⁰ Cfr. DE VICENTE REMESAL, El consentimiento en las lesiones causadas por intervenciones quirúrgicas, RECPC 23-19 (2021), pp. 36 ss., en relación con la relevancia del consentimiento válido del paciente como requisito necesario para que la intervención quirúrgica no sea calificada como delito de lesiones y no únicamente de coacciones.

de que la intervención de terceros para impedir la muerte está justificada, cuando concurren los presupuestos del estado de necesidad (AATS 25 de enero de 1984; 22 de diciembre de 1983) y que no darán lugar a responsabilidad civil derivada de delito (STS 28 de octubre de 1996);

b) Cuando el sujeto que «quiere su propia muerte» es inimputable, es decir, no es normalmente motivable. Supuestos de inducción al «suicidio» a menor o incapaz: homicidio o asesinato en autoría mediata (STS 27 de junio de 1997). Más discutibles son los supuestos de «suicidas» semi-inimputables, depresivos, o psicológicamente dominados por el inductor (BGHSt 5-07-1983, caso *Sirius*) o por el cooperador necesario (SAP Barcelona 5.^a 528/2012, 21-12, psicólogo que ayuda a una persona deprimida, a quien trataba, facilitándole la heroína y explicándole como hacerlo);

c) Supuestos de error: 1) Sobre el hecho suicida: desconocimiento de que la conducta determinará la propia muerte o ignorancia del peligro concreto que entraña para su propia vida. Cuando el error es relevante: homicidio o asesinato, en autoría mediata, de quien ha provocado el error; 2) Sobre los motivos del suicidio. Inducción al suicidio por medio de engaño: se calificará como homicidio activo en autoría mediata, criterio de la instrumentalización mediante «supradeterminación del sentido del curso causal», como cooperación al suicidio en comisión por omisión o impune.

3. Atendiendo a lo referido en el supuesto de personas que carecen de capacidad para decidir válidamente, desde una perspectiva jurídico penal, no se trataría de un suicidio, aunque se utilice esa terminología en la LO 8/2021, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que introduce dos preceptos (arts. 143 bis y 153 bis) que tratan de evitar que los menores y las personas con discapacidad necesitadas de especial protección sean manipulados para suicidarse. Se trata, por tanto, de un adelantamiento de las barreras punitivas respecto al tipo de inducción al suicidio, con la finalidad de proteger a determinados colectivos especialmente vulnerables. Colectivos especialmente vulnerables que no tienen capacidad para autodeterminarse, por lo que, de producirse el resultado de muerte, esa aparente inducción al suicidio debería calificarse como homicidio cualificado, en autoría mediata.

4. La conducta típica consiste en la distribución o difusión a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación de contenidos específicamente destinados a promover, fomentar o incitar al suicidio. Aparentemente se configura como un delito de peligro abstracto, con una conducta típica similar a la provocación, que permite castigar aquella incitación que tenga por objeto un colectivo, en lugar de una persona en

concreto. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en la provocación, en este supuesto la persona que incita no pretende que la persona incitada cometa un delito respecto de terceros, sino que se mate y el suicidio no es delito. No obstante, al dirigirse la incitación a menores o personas vulnerables para que se quiten la vida, en cuanto no tienen la capacidad de consentir libremente que requiere el suicidio, no debería calificarse como tal. Por tanto, como se ha señalado, estructuralmente, estaríamos antes un adelantamiento de las barreras de protección no de la inducción al suicidio sino de la autoría mediata de asesinato.

5. Idéntica conducta típica es la prevista en el artículo 153 bis, introducida también en la LO 8/2021, respecto de la incitación a las autolesiones de menores o personas vulnerables. Así mismo, su naturaleza jurídica es de delito de peligro abstracto, adelantando las barreras de protección. Y también, como en el supuesto anterior, en el supuesto de que las personas relacionadas en el precepto se causen así mismas lesiones –autolesiones–, al incitador se le podría imputar como autor mediato de un delito de lesiones, dependiendo la calificación del tipo concreto de lesión que el menor o la persona vulnerable se haya causado. Es necesario plantearse que, en ese caso, para la adecuada calificación debería determinarse si la modalidad de lesión auto-infringida se corresponde con aquella a la que se incitaba, en términos de imputación objetiva.

6. Ambos preceptos presentan todas las características de un adelantamiento de la barrera de protección respecto de la vida en la incitación al suicidio, y de la salud/integridad física, en el supuesto de las autolesiones, que serían, por consiguiente, los bienes jurídicos protegidos. No obstante, especialmente cuando se trata de personas en formación, estas conductas de incitación a causarse daños, aun cuando no se concreten en un resultado lesivo de muerte o lesiones pueden afectar el desarrollo psicológico del menor y tener graves consecuencias en el futuro. Esta cuestión ha sido trabajada, con estudios empíricos, en relación con el ciberacoso, al que nos referiremos, y se ha demostrado que quienes han recibido proposiciones sexuales a través de internet tienen más del doble de probabilidad de sufrir depresión y trastornos psicopatológicos¹¹. Ello permitiría afirmar que, en este precepto, junto al peligro abstracto para la vida del menor, se afecta su formación y el desarrollo de su personalidad por lo que su naturaleza jurídica sería de peligro concreto o incluso de lesión.

¹¹ Cfr. PÉREZ GONZÁLEZ/DE LA MATA BARRANCO, La aplicación de la cláusula concursal prevista en el delito de contacto tecnológico con menores del art. 183 ter 1 CP, en *La integración social del/la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada* (PÉREZ MACHÍO/DE LA MATA BARRANCO, Dirs.), Ed. Aranzadi, 2020, pp. 407-410, plantean esta cuestión con referencias a los estudios empíricos que afirman que los menores que han recibido solicitudes sexuales a través de internet.

7. El razonamiento previo podría afectar al concurso aplicable en el supuesto de que se produzca la muerte o lesiones, si el concurso de leyes, castigando únicamente por el delito cometido en autoría mediata o de concurso ideal de delitos, entre la incitación al suicidio o a las lesiones y el correspondiente delito de homicidio/asesinato o de lesiones. En estos dos preceptos no se incluye una cláusula concursal como la prevista en otros tipos con naturaleza jurídica similar, según la cual se impondrá la pena «sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos»¹². La doctrina mayoritaria entiende que la decisión a favor del concurso de leyes o de delitos dependerá del bien jurídico protegido¹³. En estos casos, pese a que el bien jurídico protegido es la vida o la salud, es necesario tomar en consideración dos cuestiones: a) que el hecho de la incitación a matarse o lesionarse puede afectar psicológicamente al menor¹⁴; y b) que el resultado de muerte o lesiones no abarca todo el desvalor de la conducta, cuando la incitación ha llegado a otras muchas personas¹⁵. La respuesta a la primera reflexión nos conduce a afirmar la lesividad de la incitación –en términos de antijuridicidad–, aun cuando no se produzca el resultado perseguido por el autor. Respecto de la segunda cuestión, en los supuestos en los que la incitación ha llegado a otros menores, entiendo que debería calificarse como concurso ideal de delitos entre la incitación y el homicidio o lesiones.

III. PARALELISMO DE ESOS PRECEPTOS CON OTROS DELITOS DE RECIENTE TIPIFICACIÓN

1. Al iniciar el trabajo se hizo referencia a las dudas acerca de la conveniencia de la introducción de los delitos de incitación al suicidio y a las autolesiones y ello porque se puede considerarse ya como «habitual» que se introduzcan en el Código penal tipos que castigan actos preparatorios. Algunas de

¹² Cfr. DE LA MATA BARRANCO, El contacto tecnológico con menores del art. 183 ter I CP como delito de lesión contra su correcto proceso de formación y desarrollo sexual, RECPC 19-10, 2017.

¹³ En ese sentido, en relación con el art. 183 ter I, la STS 864/2015, de 10 de diciembre, entiende que si se comete una agresión sexual sólo se castigará por ese delito por tratarse de un concurso de leyes, por aplicación de la regla del artículo 8, 3.ª, de consunción.

¹⁴ DE LA MATA BARRANCO, RECPC 19-10, 2017, p. 23, considera que hay que tomar en consideración la posible afectación de la salud psíquica optando por la solución del concurso de delitos en base a que: «el desvalor de la conducta subsumible en el delito del artículo 183 ter.I pueda independizarse claramente del que en su caso pueda tener lugar con la realización de otro tipo penal. Hay una única indemnidad sexual, pero la misma puede lesionarse con muy diferentes intensidades y en muy diferentes momentos.»

¹⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, El delito de *on line child grooming* o propuesta sexual telemática a menores, Ed. Tirant lo Blanch, 2015, pp. 688 ss., en relación con el grooming, entiende que hay que diferenciar los supuestos de víctimas múltiples de acoso tecnológico, de aquéllos en los que la víctima de acoso y agresión sexual es la misma.

las preguntas que se deberían plantear es si, desde una perspectiva criminológica, realmente existe este problema y si, desde el respeto de los principios de *ultima ratio* e intervención mínima, es necesario acudir al Derecho penal para solucionarlo¹⁶. Entre otros tipos de esta naturaleza, habría que incluir el delito de «odio», del artículo 510¹⁷ o los delitos de ciberacoso y embaucamiento. Me referiré exclusivamente a estos dos últimos por su mayor similitud con los delitos de incitación al suicidio y las auto-lesiones, en tanto, ambos están dirigidos a la protección de un determinado segmento de la sociedad: los menores.

2. El ciberacoso sexual, introducido por la LO 5/2010, tiene su origen en la figura anglosajona del «*online child grooming*». Como en los supuestos de incitación al suicidio y de las autolesiones en este también se trata de manipular a los menores ganándose su confianza, en este caso para entablar contacto con finalidades sexuales. También aquí nos encontramos frente a un delito de peligro que adelanta las barreras de protección respecto de algunos delitos contra la libertad sexual: agresión sexual a menores de 16 años (art. 183) y corrupción de menores (art. 183 bis y 189), no siendo necesario que se produzca contacto físico entre agresor y agredido (STS 97/2015, de 24 de febrero). A diferencia de los delitos antes referidos de incitación al suicidio o a las autolesiones, la naturaleza jurídica de este tipo es de peligro concreto, no abstracto, ya que requiere que el menor responda y que se realice una propuesta de encuentro entre el autor de la incitación y el menor e, incluso, que se lleven a efecto actos materiales dirigidos al acercamiento. Así mismo, a diferencia de lo que sucede con los delitos antes referidos en el ciberacoso la conducta típica tiene una mayor similitud con la inducción, ya que se trata de convencer a un/a menor a realizar una conducta delictiva en la que el inductor sería autor y el/ella inducido/a la víctima. La consumación de este delito no exige la ejecución actos de naturaleza sexual que afecten a la indemnidad sexual del menor, pero en caso de producirse abusos, agresiones sexuales u otros actos (arts. 183 y 189) debe tenerse en cuenta la relación concursal que se establece entre ambos delitos. La cláusula concursal que contiene el propio precepto se refiere a la imposición de la pena por el delito de *child grooming* «*sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometido*» generando dificult-

¹⁶ HORTAL IBARRA, El nuevo delito de *online child grooming* (art. 183 bis CP): ¿otro ejemplo de cirugía preventiva aplicable a la legislación penal, en Garantías constitucionales y Derecho Penal europeo (Mir Puig/Corcoy Bidasolo, Dirs; Gómez Martín, Coord.), Ed. Marcial Pons, 2012, pp. 430 ss., se plantea estas cuestiones acerca del delito de *online child groomig*, dudando acerca de su necesidad.

¹⁷ La literatura acerca del delito de odio es casi inabarcable, por lo que me limitaré a citar a uno de los autores que ha tratado de limitar el alcance del art. 510 CP, por tratarse de una postura muy argumentada y que podríamos denominar equilibrada, vid. GÓMEZ MARTÍN, Delitos de discriminación y discurso de odio punible. Nuevo escenario en España tras la LO 1/2015, Curitiba-Porto, 2019, passim.

tades interpretativas. El Acuerdo del Tribunal Supremo de 8 de diciembre de 2017, concluye que cuando el contacto con el menor va seguido de una lesión efectiva de su identidad sexual «el delito de ciberacoso sexual infantil previsto en el artículo 183 Ter.1 del Código Penal, puede conformar un concurso real de delitos con las conductas contempladas en los artículos 183 y 189». La STS 777/2017, 30 de noviembre, fue la primera en aplicar este Acuerdo del Tribunal Supremo, modificando su jurisprudencia previa sobre la relación concursal existente entre el delito de peligro y el delito fin o de resultado (siguiendo esta nueva línea jurisprudencial, SAP Madrid 705/2018, 18 de octubre). En este sentido, debe destacarse que el cambio jurisprudencial operado por la STS 777/2017, que avala la apreciación de las reglas propias del concurso real de delitos carece de una adecuada motivación que explique el cambio de criterio producido. No puede obviarse que la jurisprudencia mayoritaria con anterioridad sostenía sin ambages la existencia de un concurso de leyes, a resolver por el principio consunción (art. 8.3), atendiendo a la coincidencia de bienes jurídicos protegidos en ambos tipos penales, así como por la propia naturaleza de delito de peligro concreto que sanciona actos preparatorios que preceden a la ejecución de otros delitos contra la indemnidad sexual del menor de 16 años y la correspondiente vulneración del *non bis in idem* en caso de concurso de delitos; solución ésta, a mi entender, correcta en términos de progresión delictiva (en este sentido, SSTS 97/2015, 24 de febrero; 527/2015, 22 de septiembre; 684/2015, 10 de diciembre o 109/2017, 2 de febrero). La cláusula concursal y las reglas del concurso real deberían quedar reservadas para otros actos típicos que puedan concurrir (amenazas, atentados contra la libertad...)

3. Análoga al ciberacoso es la naturaleza jurídica del denominado embaucamiento de menores (183 ter. 2 CP) (*Sexting*), introducido por LO 1/2015. Se trata de una nueva modalidad de ciberacoso sexual, configurándose como un acto preparatorio del delito de pornografía infantil (art. 189) (STS 158/1019, de 26 de marzo). El embaucamiento de menores implica el establecimiento de contacto con un menor de 16 años realizando actos dirigidos a convencerle para que le facilite o le muestre material pornográfico en las que aparezca un menor. El tipo penal exige el contacto con el menor, a través de cualquier otra tecnología de la comunicación, y que el convencimiento se lleve a efecto a través del engaño, conforme al significado de embaucar (SAP Madrid 275/2018, de 11 de abril, absuelve por no resultar acreditada la realización de conductas que pretendieran engañar al menor), sin que la consumación requiera el envío del material al tratarse, igualmente, de un delito de peligro.

IV. CONCLUSIONES

1. Para que pueda considerarse legitimada la tipificación de conductas como la incitación al suicidio o las auto-lesiones, así como el ciberacoso o el embaucamiento, es necesario que concurren dos premisas criminológicas. Si partimos de que la realidad criminológica aporta datos contrastados de la existencia de conductas de esta naturaleza, lo que parece indiscutible, y además desde la psicología se afirma que son idóneas para afectar la formación y desarrollo de la personalidad de los menores, independientemente de que se produzca el resultado lesivo perseguido por el autor, deberíamos concluir que, a priori, es adecuada su inclusión en el Código penal.

2. No obstante, la realidad criminológica no es un argumento suficiente si para prevenir estas conductas fueran más eficaces otras formas de intervención. Al respecto amplios sectores de la doctrina consideran que debería buscarse la solución a través de la educación, del control del acceso de menores a determinadas webs y de su eliminación, fundamentando estas propuestas en el respeto de principios como los de *ultima ratio* e intervención mínima. No siendo discutibles ni la importancia de estos principios ni la necesidad de llevar a efecto esas propuestas, no estoy segura de si son suficientes o si, por el contrario, la intervención del Derecho penal añade un plus de eficacia, aun cuando no deban excluirse las medidas extra-penales.

3. Junto a las referidas cuestiones criminológicas y de política criminal no debe obviarse la importancia del principio de lesividad o antijuridicidad material. En este sentido, los estudios a los que me he referido, aun cuando sea muy sucintamente, parecen conducir a afirmar que estas conductas de incitación (todas ellas lo son) dirigidas a menores son idóneas para afectar su desarrollo, a lo que hay que sumar el peligro que suponen respecto de los previsibles resultados lesivos. Por consiguiente, aceptando que se trata de un adelantamiento de las barreras de protección respecto de la vida, la salud o la indemnidad sexual no puede obviarse que en sí mismas son lesivas, aun cuando se entienda que se protege el mismo bien jurídico: vida, salud o indemnidad sexual. En definitiva, puede afirmarse que estas conductas de incitación son lesivas, para el desarrollo y formación de la personalidad del menor.

CAPÍTULO LX

EL ENGAÑO COMO MEDIO COMISIVO DEL DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL: A PROPÓSITO DE LA PROTECCIÓN PENAL DE LA AUTONOMÍA SEXUAL

BEATRIZ CORRÊA CAMARGO

Profesora de Derecho Penal. Universidad Federal de Uberlândia (Brasil).
Doctora en Derecho

I. INTRODUCCIÓN

Desde que el derecho penal dijo adiós a la protección de la honestidad sexual y las buenas costumbres, uno de los temas que parecían haber quedado obsoletos era el engaño en materia sexual. Hoy, sin embargo, con el argumento de proteger la autonomía sexual, se defiende cada vez más la punibilidad de la provocación de errores que llevan a una persona a consentir un acto de índole sexual. Recientemente, han despertado polémica los casos en los que el autor se quita el preservativo a escondidas durante una relación sexual, el así llamado *stealth*. Aunque en algunos países se ha consolidado la idea de que este supuesto constituye una forma de agresión sexual¹, permanece oscuro el

¹ Sobre la reciente tendencia de la jurisprudencia en España, COCA VILA, InDret 4 (2022), pp. 296 ss. En Alemania, la subsunción del *stealth* en el delito de agresión sexual (§177 I StGB) ha sido confirmada recientemente por el *Bundesgerichtshof* en la sentencia del *Landesgericht* Düsseldorf 3 StR 372/22 de 13/12/2022, y admitida por autores como FISCHER, StGB, 70.^a ed., 2023, § 177 nm. 2e; HERZOG, en *Festschrift für Fischer*, 2018, p. 354; HOVEN, NSTZ 2020, pp. 580 s.; HÖRNLE, en LK-StGB, Bd. 10, 13.^a ed. 2023, § 177 nm. 35; RENZIOWSKI, en MüKo-StGB, Bd. 3, 4.^a ed., 2021, § 177 nm. 51. En Brasil,

fundamento para justificar esta decisión². Por ejemplo, no está claro por qué el engaño en el uso del preservativo es penalmente relevante, pero no sería merecedor de castigo el mentir sobre el uso de la píldora anticonceptiva para superar la oposición de la pareja sexual a la penetración sin preservativo³.

Las formas de engaño que suelen ocupar a los tribunales son aquellas conductas vinculadas al elemento «sorpresa». Por ejemplo, el caso en el que, debido al engaño, la otra persona no se da cuenta de que se le está practicando un acto sexual, como en el caso del médico que finge una actuación profesional con su paciente. Además de estos casos, existen engaños que tienen por objeto las condiciones impuestas por la otra persona para dar su consentimiento al contacto sexual, como, por ejemplo, el engaño sobre el propio género biológico, el engaño sobre la propia identidad, la mentira sobre la disposición a casarse, el engaño en cuanto a la disponibilidad de medios financieros para pagar el sexo profesional, o la mentira sobre la propia religión u origen étnico⁴.

Tradicionalmente, la literatura anglosajona soluciona estos casos a partir de la distinción entre engaños relativos al hecho (*fraud in the factum*) y engaños relativos al motivo del consentimiento (*fraud in the inducement*). Aunque está discutido qué casos pertenecen a cada una de estas categorías, en general se consideran punibles únicamente los engaños relativos al hecho, mientras que los engaños sobre el motivo para consentir la práctica sexual se consideran irrelevantes. Por lo tanto, se entiende que el engaño del médico en cuanto al carácter sexual del acto que realiza en el paciente sería punible porque se refiere al hecho practicado, mientras que la promesa de matrimonio debería quedar fuera del ámbito penal, ya que se refiere únicamente a los motivos de la persona para consentir el acto sexual⁵.

No obstante, la simplicidad de esta distinción se ve desafiada por diversas razones. A partir de la premisa de protección de la autonomía sexual, se ha argumentado a favor de castigar de forma amplia los engaños en materia se-

aunque no haya una discusión significativa al respecto en la jurisprudencia, hay voces que defienden el castigo del *stealthing*, como COUTO/FERRAZ, RBCCRIM 172 (2020), pp. 97-124.

² La cuestión sigue siendo controvertida. En Suiza, el *Bundesgericht* negó la posibilidad de castigar el *stealthing* en virtud del art. 191 StGB en las sentencias 6B_34/2020 y 6B_265/2020 de 11/05/2022.

³ Al respecto, en detalle, RAMOS VÁZQUEZ, en AGUSTINA (coord.), Comentarios a la ley del «solo sí es sí»: Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre, 2023, pp. 167-177.

⁴ Un análisis extenso de los casos de engaño sexual puede verse en: FALK, *Brooklyn Law Review* 64 (1998), pp. 52-87.

⁵ Sobre la diferenciación, véase ARCHARD, *The Wrong of Rape*, 2007, p. 377; FEINBERG, *Harm to Self*, vol. 3, 1986, p. 273; HERRING, *Singapore Law Review* 22 (2002), pp. 181, 183 ss.; WERTHEIMER, *Consent to Sexual Relations*, 2003, p. 195.

xual, tanto *de lege lata* como de *lege ferenda*. Por otra parte, la distinción tradicional entre engaño relativo al hecho y engaño relativo a los motivos no es suficiente para fundamentar el límite de la conducta penalmente relevante. Por ejemplo, ¿por qué debería castigarse el sacarse el preservativo a escondidas, pero no el mentir sobre la propia esterilidad, en tanto que ambas acciones afectan la decisión vinculada a los riesgos de un embarazo no deseado? Como mínimo, se necesita una justificación adicional para el tratamiento disímil de casos similares.

En este artículo, propongo un análisis *de lege lata* sobre la posibilidad de subsumir el engaño en el delito de agresión sexual. Para ello, haré un breve análisis de los argumentos que se utilizan actualmente a favor de castigar el engaño bajo el delito de agresión sexual (punto II infra). A continuación, discutiré el objeto de protección de esa norma y presentaré la hipótesis de que el delito de agresión sexual no protege la autonomía sexual en su conjunto, sino sólo las condiciones esenciales para el ejercicio de ese derecho (punto III). Por último, extraeré las conclusiones de la hipótesis antes mencionada para el alcance del delito de agresión sexual, justificando que la interpretación más restrictiva de este delito aquí defendida es capaz de garantizar no sólo la dimensión negativa de la autonomía sexual, sino también su dimensión positiva (punto IV)⁶.

II. LA PROTECCIÓN DE LA AUTONOMÍA SEXUAL COMO RAZÓN PARA PROHIBIR EL ENGAÑO EN MATERIA SEXUAL

La principal dificultad que enfrenta hoy el debate sobre la relevancia penal del engaño en materia sexual es aclarar el fundamento de su castigo y, en tal caso, qué criterio debe adoptarse para determinar los casos de engaño punibles⁷.

⁶ El argumento completo se expuso en CORRÊA CAMARGO, ZStW 134 (2022), pp. 351 ss., por lo que aquí me limitaré a presentar sólo las principales conclusiones obtenidas allí.

⁷ La doctrina actual es mayoritariamente favorable a la punibilidad de determinados casos de engaño sexual, aunque no de todos: BRYDEN, Buffalo Criminal Law Review 3 (2000), pp. 317, 469, 474 s.; DENZEL/KRAMER, KriPoZ, pp. 2019, 347, 353 s.; ELEWA, Edinburgh Student Law Review 3 (2016), pp. 27, 29; FALK, Yale Law Journal Forum 123 (2013), pp. 353, 368; FEINBERG, Harm to Self, pp. 299 ss.; GREEN, en SARAT (coord.), Law and Lies: Deception and Truth-Telling in the American Legal System, 2015, pp. 225 ss.; HOFFMANN, NStZ 2019, 16, 18; HOVEN/WEIGEND, KriPoZ 2018, pp. 156, 158; HÖRNLE, ZStW 127 (2015), p. 881; MULLEN, Seattle University Law Review 41 (2018), pp. 1035, 1037 ss.; SCHUMANN, en Festschrift für Kindhäuser, 2019, pp. 811, 825; SCHEIDEGGER, German Law Journal (2021), pp. 769 ss.; SHARPE, Sexual Intimacy and Gender Identity 'Fraud', 2018, pp. 51 ss.; WERTHEIMER, Southern California Law Review 61 (1988), pp. 777, 835.

A simple vista, parece justificado considerar el engaño como un medio comisivo de agresión sexual debido a la propia definición del bien jurídico protegido por los delitos sexuales. Según la doctrina mayoritaria, el bien jurídico protegido por el delito de agresión sexual es el derecho a la autonomía sexual. Este es entendido como el derecho a elegir libremente cuándo, cómo y con quién relacionarse sexualmente⁸. Más concretamente, la doctrina dominante considera que el derecho penal sólo debe ocuparse de la dimensión negativa de la autonomía sexual, es decir, el derecho a defenderse frente a la intervención de otras personas en la propia esfera sexual⁹.

Con base en la idea de que la autonomía sexual abarca el derecho de poder decidir sobre todas las condiciones de un encuentro sexual, ha ganado fuerza una corriente minoritaria que defiende el castigo, mediante el delito de agresión sexual, de cualquier forma de engaño en materia sexual¹⁰. El argumento es que, desde el punto de vista de la autonomía, el error afecta la autonomía tanto como la coacción, constituyendo un ejemplo clásico de heteronomía. Por lo tanto, no se justificaría la diferenciación entre ausencia y vicio del consentimiento, pues si la agresión sexual es punible porque la ausencia de consentimiento afecta la autonomía sexual de la víctima, entonces también el engaño –el cual anula el consentimiento– debería configurar una agresión sexual¹¹.

En este sentido, las recientes reformas del derecho penal sexual han adoptado normas de prohibición cada vez más abiertas, centradas en el consentimiento sexual. El § 177 StGB en Alemania, por ejemplo, tipifica como

⁸ FISCHER, StGB, 70.ª ed., 2023, vor § 174, nm. 5; GREEN, en SARAT (coord.), *Law and Lies*, p. 195; KINDHÄUSER, LPK-StGB, 8.ª ed. 2020, vor § 174, nm. 1; ORTS BERENGUER, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Derecho Penal: Parte Especial*, 6.ª ed., 2019, p. 209; RENZIOWSKI, en MüKo-StGB, 2021, vor § 174, nm. 8; SCHULHOFER, *Unwanted Sex: The Culture of Intimidation and the Failure of Law*, 1998, p. X; SICK, ZStW 103 (1991), p. 51; VAVRA, *Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen*, 2020, p. 161. Como derecho «a no verse inmiscuido en contextos de naturaleza sexual en contra de su voluntad», RAGUÉS I VALLÈS, en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS (coord.), *Lecciones de Derecho Penal – Parte Especial*, 6.ª ed., 2021, p. 129. De forma más amplia, como «libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad» y «a la disposición del propio cuerpo», MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal: Parte Especial*, 22.ª ed., 2019, p. 203.

⁹ Así, CANCIO MELIÁ, en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Práctico Penal*, 2023, nm. 9210 ss. EISELE, en Schönke/Schröder-StGB, 30.ª ed., 2019, vor § 174, nm. 1b; HÖRNLE, en LK-StGB, 2023, vor § 174, nm. 34; RENZIOWSKI, en LEMBKE (coord.), *Regulierungen des Intimen – Sexualität und Recht im modernen Staat*, 2017, p. 199.

¹⁰ DOUGHERTY, *Ethics* 123 (2013), pp. 717, 719; ESTRICH, *The Yale Law Journal* 95 (1986), pp. 1087, 1182; HERRING, *Criminal Law Review* 2005, pp. 511, 516; MCGREGOR, *Legal Theory* 2 (1996), pp. 175, 199; MCJUNKIN, *Columbia Journal of Gender and Law* 28 (2014), pp. 1, 20 ss.; VAVRA, *Die Strafbarkeit*, p. 125. Con más referencias, GREEN, en SARAT (coord.), *Law and Lies*, p. 216.

¹¹ Así, DOUGHERTY, *Ethics* 123 (2013), pp. 726 s.; HERRING, *Criminal Law Review* 2005, pp. 511, 516; MCGREGOR, *Legal Theory* 2 (1996), pp. 175, 199; VAVRA, *Die Strafbarkeit*, pp. 125, 372-379. Al respecto, RUBENFELD, *The Yale Law Journal* 122 (2013), pp. 1372, 1402.

delito la realización de actos sexuales contrarios a la «voluntad» de la víctima. De forma similar, el artículo 163, inc. 3º del Código Penal portugués prohíbe «la realización de un acto sexual significativo contra la voluntad cognoscible de la víctima». En España, el artículo 178 del Código Penal castiga «cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento». Varios estatutos penales en Estados Unidos siguen esta misma línea¹².

En efecto, la definición de la doctrina mayoritaria no aclara por qué afecta la autonomía sexual de la víctima el sujeto que se saca el preservativo a escondidas durante una relación sexual, pero no el que, por temor a una enfermedad, hace lo contrario, es decir, se protege a escondidas poniéndose un preservativo. En ambos casos, el injusto parece consistir justamente en el hecho de que el individuo incumple una condición para la penetración impuesta por su pareja sexual¹³.

En vista de ello, se cuestiona la opinión de que el derecho penal no debe castigar el engaño sexual con el argumento de que ello enmascararía el machismo a través de la dogmática, ya que, en comparación, el engaño patrimonial es ampliamente punible mediante el delito de estafa¹⁴.

A continuación, defenderé la tesis de que el criterio para definir el alcance del consentimiento sexual es, ante todo, el bien jurídico protegido por la norma. En contra de la doctrina minoritaria en ascenso, el delito de agresión sexual no puede entenderse como lesión a un derecho general a imponer condiciones para el contacto sexual. Como argumentaré, este delito tiene el único objetivo de proteger la *dimensión física* de la autonomía sexual.

En línea con este punto de vista, se encuentra la postura de que los intereses protegidos por la norma de conducta de la parte especial no deben confundirse con los intereses de protección de la autonomía en otros ámbitos, jurídicos o morales. Por ello, los criterios de validez del consentimiento de la parte general no se aplican sin más al delito de agresión sexual¹⁵. Asimismo,

¹² Cfr. p. ej., los Códigos Penales del Estado de Minnesota (Sección 609.3451), New Jersey (Sección 2C:14-2) e Nebraska (Sección 28-319).

¹³ Cfr. HOFFMANN, NStZ, 2019, pp. 16 ss.

¹⁴ ESTRICH, The Yale Law Journal 95 (1986), pp. 1087, 1120; FALK, Brooklyn Law Review 64 (1998), pp. 119; FEINBERG, Harm to self, vol. 3, 1986, pp. 293 s.; MCGREGOR, Legal Theory 2 (1996), pp. 175, 199; MCJUNKIN, Columbia Journal of Gender and Law 28 (2014), pp. 1, 35; RUBENFELD, The Yale Law Journal 122 (2013), pp. 1372, 1413; SCHULHOFER, Unwanted Sex, p. 4.

¹⁵ Inicialmente, HÖRNLE, ZStW 127 (2015), pp. 851, 880 llegó a sugerir en Alemania el traslado de la teoría del error referido al bien jurídico (*Theorie des rechtsgutsbezogenen Irrtums*) como criterio para el tratamiento del engaño en los delitos sexuales – en el mismo sentido DENZEL/KRAMER, KriPoZ 2019, p. 352–. Argumentos convincentes en contra de tal traslado pueden encontrarse en KINDHÄUSER, en Festschrift für Rudolphi, 2004, pp. 135, 149 ss.; MAÑALICH, Nötigung und Verantwortung, 2009, pp. 115 ss.; específicamente sobre la cuestión del engaño sexual FRANZKE, BRJ 2019, pp. 114, 116; HOFFMANN, NStZ 2019, pp. 16, 18.

en un derecho penal liberal es fundamental distinguir entre los engaños moralmente incorrectos porque lesionan la autonomía ajena y aquellos que, además, son jurídicamente relevantes porque lesionan derechos o bienes jurídicos.

III. LA DIMENSIÓN FÍSICA DE LA AUTONOMÍA SEXUAL COMO BIEN JURÍDICO TUTELADO POR EL DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL: PROTECCIÓN CONTRA INTERVENCIONES EN LA PROPIA ESFERA CORPORAL EN EL ÁMBITO SEXUAL

La pregunta sobre si el delito de agresión sexual abarca o no el engaño depende del papel que se le adjudica al consentimiento (o a la «voluntad») del portador del bien jurídico protegido por la norma. Como ya ha observado de Vicente Remesal en otro contexto, este papel no siempre se puede establecer de forma inequívoca mediante la interpretación literal de la ley, sino que también es necesario tener en cuenta una interpretación sistemática y teleológica de la norma¹⁶.

Para este análisis, es evidente la imprecisión del término «voluntad cognoscible» como técnica de redacción legislativa¹⁷. Como señaló Feinberg, el concepto de voluntad es siempre relativo a la descripción del suceso, y puede referirse no sólo a la descripción del acto sexual, sino también a cualquier condición y circunstancia asociadas al acto. Por lo tanto, la decisión de una mujer para tener relaciones sexuales con un hombre casado puede haber sido voluntaria bajo la descripción «sexo con Juan», pero no bajo la descripción «sexo con un hombre casado»¹⁸. La mujer que afirma no querer ir a la cama con un hombre casado expresa su voluntad contraria a un acto sexual *en esas circunstancias*, y su «voluntad» no será respetada por su compañero sexual si le miente para hacerlo de todos modos.

Por lo tanto, la delimitación sobre el concepto de consentimiento o voluntad relevante para la tipificación de la agresión sexual requiere una aclaración previa sobre cuál es el interés de la protección penal de las expectativas y condiciones impuestas por la persona engañada. A este respecto, la idea de que el derecho a la autonomía sexual abarca la protección de una «voluntad absoluta» de la víctima puede cuestionarse por varias razones. En el ejemplo mencionado anteriormente sobre el hombre que miente sobre su estado civil, la

¹⁶ Así de VICENTE REMESAL, en LUZÓN PEÑA (coord.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, 1999, p. 126.

¹⁷ En este sentido también WERTHEIMER, *Consent*, p. 157.

¹⁸ FEINBERG, *Harm to Self*, p. 283.

exigencia de la verdad entraría en conflicto con el propio derecho a la intimidad del sujeto que miente, que a mi juicio merece ser preservado¹⁹. Además, no es responsabilidad del Derecho penal garantizar la realización de proyectos de vida a través de la sexualidad, sino garantizar un espacio de libertad para la realización de las propias decisiones en materia sexual, siempre que no entren en conflicto con las esferas de libertad ajenas²⁰.

En este sentido, hay al menos tres corrientes que tratan de delimitar con mayor precisión el alcance del delito de violación, cuyas conclusiones pueden aplicarse sin más al delito de agresión sexual. Con diferentes argumentos, todas ellas cuestionan la premisa de que la autonomía sexual constituye el objeto protegido por este delito sexual²¹. Abordaré aquí la perspectiva que me parece más convincente.

Como ha señalado recientemente Mañalich, se trata de la idea de que, aunque la autonomía sexual constituye el fundamento para incriminar la violación, la autonomía no puede considerarse en sí misma el bien jurídico de la prohibición de violación²². O, si se desea mantener la nomenclatura de la doctrina mayoritaria, se trata de la postura de que este delito sólo protege *ciertas condiciones* para el ejercicio de la autonomía sexual y no ese derecho en sí mismo.

De hecho, si el delito de agresión sexual protegiera el derecho a la autonomía sexual en sí mismo, abarcaría también la protección de la libertad sexual positiva. Se ser así, la norma prohibiría las afectaciones al derecho de la víctima a realizar actos sexuales según su voluntad²³, lo que no está contemplado por el delito en cuestión. En efecto, el delito sólo protege a la víctima *contra un acto sexual* realizado en *determinadas circunstancias*. Así pues, para la delimitación del alcance de la norma, la cuestión decisiva no es si la autonomía sexual presupone el conocimiento de hechos relevantes, sino qué interés puede existir en no estar expuesto a un acto sexual²⁴.

La prohibición de la agresión sexual se refiere básicamente al control del individuo sobre los límites de lo que otra persona puede hacerle en el ámbito

¹⁹ CORRÊA CAMARGO, ZStW 134 (2022), pp. 384-386. Recientemente, en un sentido similar, HÖRNLE, en LK-StGB, 2023, vor §174 nm. 35, SCHEIDEGGER, German Law Journal (2021) pp. 780 ss.

²⁰ Sobre esta cuestión con respecto al engaño sexual, CORRÊA CAMARGO, ZStW 134 (2022), pp. 383 s.

²¹ Me refiero aquí, en particular, a la exigencia de FEINBERG de un daño a la persona engañada sexualmente (Harm to Self, pp. 300 ss.) y a la perspectiva de RUBENFELD sobre la protección de la «autoposesión» por parte del delito de agresión sexual, de manera similar a lo que ocurre en crímenes como la esclavitud y la tortura (The Yale Law Journal 122 (2013), pp. 1424 ss.). Ambos enfoques son objeto de críticas considerables, cuyos argumentos ya se han expuesto en CORRÊA CAMARGO, ZStW 134 (2022), pp. 369 s.

²² MAÑALICH, Revista Ius et Praxis 20 (2014), pp. 42 s.

²³ Sobre la definición del aspecto positivo de la autodeterminación sexual, HÖRNLE, ZStW 127 (2015), pp. 859 s.

²⁴ Acerca de esa pregunta, MAÑALICH, Revista Ius et Praxis 20 (2014), pp. 37, 43; ARCHARD, Rape, p. 379.

de la sexualidad²⁵. Por lo tanto, para el delito de agresión sexual sólo es relevante la «dimensión física»²⁶ de la autonomía sexual: a través de la norma se protege el simple poder de impedir un avance sexual no deseado. Lo relevante para la norma, por consiguiente, no es la «voluntariedad» del consentimiento como tal, sino la existencia de una *autorización* misma para el acto sexual.

El requisito del consentimiento puede justificarse no sólo en vistas a la dimensión negativa de la libertad sexual, sino también de forma indirecta en vistas a la dimensión positiva de esa libertad. Que el consentimiento sea un requisito para el contacto sexual lícito garantiza la posibilidad de confiar en la pareja sexual, en el sentido de que no se llevará a cabo ningún acto sexual sin autorización, expresa o implícita²⁷. Lo contrario implicaría básicamente una desconfianza generalizada y conduciría a la necesidad de un control constante sobre el comportamiento del otro. Sin un nivel mínimo de confianza en la pareja sexual, el ejercicio positivo de la libertad sexual a través de encuentros sexuales resulta prácticamente imposible.

La idea del control sobre las intervenciones externas explica por qué, a pesar de que el consentimiento es el elemento central de la prohibición de la agresión sexual y la violación, ninguna de estas prohibiciones requiere un consentimiento «autónomo». Tanto es así, que casos de abuso o restricción de la libertad de decisión para el consentimiento se distinguen conceptualmente de la agresión sexual, dando lugar a tipos penales distintos, como por ejemplo el delito de acoso sexual²⁸. En este sentido, aunque a menudo se puede dudar de la libertad de decisión de las profesionales del sexo, sobre todo por razones financieras, la prostitución no puede considerarse en sí misma como un caso de agresión sexual o de violación²⁹.

Por lo tanto, para aplicar el tipo penal de agresión sexual, la cuestión no debería ser si la voluntad ejercida fue lo suficientemente libre o el acto lo suficientemente «autodeterminado», sino si la conducta de la víctima puede entenderse como una autorización del acto sexual practicado. La distinción que se hace aquí entre la autorización para el acto realizado y la existencia de un consentimiento autodeterminado se justifica también por el

²⁵ Así ya MCGREGOR, en COLEMAN/BUCHANAN (coord.), In Harm's way – Essays in Honor of Joel Feinberg, 1994, p. 235.

²⁶ Esta es la terminología utilizada por SCHULHOFER, Unwanted Sex, p. 111.

²⁷ Sobre el concepto de consentimiento performativo, CANCIO MELIÁ, en HÖRNLE (coord.), Sexual Assault in Comparative Perspective, 2023, pp. 235. Sobre el «disenso comunicativo» desde la perspectiva del Derecho alemán, RENZIOWSKI, en MüKo-StGB, 2021, § 177 nm. 47.

²⁸ GREEN, en SARAT (coord.), Law and Lies, p. 226.

²⁹ Véase GARDNER/SHUTE, en HORDER (coord.), Oxford Essays in Jurisprudence, p. 208; MAÑALICH, Revista Ius et Praxis 20 (2014), p. 42; WERTHEIMER, Consent, p. 121

hecho de que, mientras que la autonomía constituye un valor gradual, el consentimiento es un concepto binario y debe constatarse como presente o ausente en una situación determinada³⁰. La existencia de tal autorización es incompatible con la actuación bajo la amenaza de una lesión corporal, pero la autorización para el acto no desaparece por una mentira sobre el poder curativo del sexo, por ejemplo.

IV. EL ENGAÑO SOBRE EL OBJETO DEL CONSENTIMIENTO COMO MEDIO COMISIVO DEL DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL

De las consideraciones que se han hecho en relación con el bien jurídico protegido por el delito de agresión sexual se derivan consecuencias importantes para la definición del engaño punible en ese delito.

La primera consecuencia es el hecho de que el delito de agresión sexual no puede entenderse como un deber de respetar una «voluntad» genérica de la víctima ni como un deber de resguardar todas las condiciones para un consentimiento autónomo. Por lo tanto, si lo que se protege no son los deseos y expectativas de la pareja sexual, sino su derecho a poner límites al contacto de índole sexual, la relevancia del engaño no se refiere a la voluntad interna de la persona o incluso a su grado de autonomía, sino más bien a la existencia de una autorización para el acto sexual realizado por la otra persona.

De esta manera, el contenido del consentimiento relevante para el tipo penal no es genérico, ni comprende cualquier clase de condición para la práctica del acto deseado. En el caso de la agresión sexual, la ley en general se refiere al consentimiento de la práctica *de un acto sexual*. Esto significa que, en principio, es erróneo juzgar como «no consentida» la situación en la que hay aceptación del acto sexual practicado, incluso si esa aceptación se basa en hechos falsos, como el estar casado o soltero³¹. La norma presupone una autorización genuina de la víctima para aquello que se hace con ella, pero no exige que esta autorización sea el resultado de una reflexión plenamente autónoma por parte de la víctima.

La segunda consecuencia de la interpretación del tipo aquí propuesta se deriva de la lógica de una norma que contiene la autorización como elemento constitutivo. Pues el requisito de consentimiento implica para la interpretación

³⁰ CHIESA, *Yale Law & Policy Review* 35 (2017), pp. 407, 424; GUTMANN, *Freiwilligkeit als Rechtsbegriff*, 2001, pp. 147 ss.

³¹ Así, en cambio, HERRING, *Criminal Law Review* 2005, pp. 511, 518; MCGREGOR, *Legal Theory* 2 (1996), pp. 175, 193; VAVRA, *Die Strafbarkeit*, pp. 368 s.

de la norma no más, pero tampoco menos, que se castigue el engaño sobre el objeto de la autorización concedida.

Sobre todo, no existe consentimiento de la víctima si el acto sexual practicado no se corresponde al acto sexual consentido³². Por lo tanto, los casos de engaño sobre lo que se hará deben subsumirse en el delito de agresión sexual cuando representen una forma de intervención no autorizada por la víctima. Por esta razón, las constelaciones de casos relevantes para el delito de agresión sexual se refieren únicamente a aquellas condiciones que establecen un límite para el contacto sexual pretendido por la otra parte.

Así, el engaño sobre las circunstancias relevantes para la motivación del consentimiento no está contemplado por el delito. El consentimiento dado para el acto de carácter sexual evidente, aunque motivado en falsas premisas, es suficiente para considerar que no ha habido ni siquiera una afectación del bien jurídico protegido. La mentira sobre hechos relevantes para la motivación del consentimiento constituye así la situación descrita por el homenajeado de este libro como un caso de atipicidad de la conducta por falta del propio tipo penal positivo indiciario de injusto³³.

Por lo tanto, a la luz del bien jurídico protegido, el así llamado *fraud in the factum* del derecho anglosajón es abarcado por el tipo penal en los supuestos en que el agente engaña a la víctima sobre la índole sexual del acto, así como cuando miente *sobre la extensión* de la intervención sobre su esfera sexual, en caso de que sea superior a lo inicialmente permitido. A su vez, el engaño en la motivación (el así llamado *fraud in the inducement*) no es, en ningún caso, de importancia para el delito de agresión sexual.

Así, el objeto del consentimiento abarca, en primer lugar, la práctica sexual que se llevará a cabo. Por ejemplo, la autorización para la penetración vaginal no implica automáticamente la autorización para la penetración anal³⁴. Si esta última se realiza sin el consentimiento de la otra parte, entonces se comete una agresión sexual. Lo mismo se aplica a un médico que engaña a un paciente acerca de la índole sexual de una intervención física determinada. No todo contacto físico o penetración es, por sí misma, de carácter sexual³⁵. Tocar

³² FEINBERG, Harm to Self, p. 293, 301; WERTHEIMER, Consent, p. 164.

³³ ASÍ DE VICENTE REMESAL, en LUZÓN PEÑA (coord.) Cuestiones actuales de teoría del delito, 1999, pp. 149 s. Sobre estos casos, definidos por una parte de la doctrina como «acuerdo», LUZÓN PEÑA, *Lecturas de Derecho penal – Parte General*, 2016, § 22 nm. 74-76.

³⁴ BRODSKY, *Columbia Journal of Gender and Law* 32 (2017), pp. 183, 191; HERRING, *Singapore Law Review* 22 (2002), pp. 181, 194; HERZOG, en *Festschrift für Fischer*, pp. 355 s.

³⁵ Véase la discusión en CAMARGO/RENNIKOWSKI, *InDret* 1 (2021), pp. 149 s., 159; HÖRNLE, en *MüKo-StGB*, t. 3, 3.ª ed. 2017, § 184h nm. 5; RENNIKOWSKI, en LEMBKE (coord.), *Regulierung des Intimen*, p. 524.

a un paciente formará parte de un examen médico si se sigue el procedimiento para obtener conocimientos médicos sobre posibles enfermedades. Si el médico no actúa de acuerdo con la *lex artis* y manipula el cuerpo de la víctima sólo para su propia satisfacción sexual, entonces no está realizando un examen aceptado por la víctima, sino que la está engañando para llevar a cabo un acto sexual sin su conocimiento e incurre así en el delito de agresión sexual³⁶. A su vez, son irrelevantes para el delito de agresión sexual los casos en los que la persona sometida a un tratamiento de salud física o mental es consciente de que dicho procedimiento implica prácticas sexuales y las consiente, aunque luego se descubra que todo era pura charlatanería.

Además, el objeto del consentimiento incluye el modo en que se realiza el acto sexual, siempre que aquel se refiera a la extensión de la intervención permitida. Los límites del consentimiento dado se exceden cuando, por ejemplo, el agente engaña a la víctima sobre la fuerza ejercida en la penetración anal o se saca el preservativo a escondidas, independientemente de si eyacula o no. Por el contrario, las enfermedades o las condiciones de salud no influyen en el modo en que se realiza el acto sexual. La condición de fertilidad, por ejemplo, es una circunstancia concomitante que resulta relevante únicamente para la motivación de la pareja sexual para involucrarse en una práctica sexual o abstenerse de ella.

La diferenciación entre la punibilidad de sacarse el preservativo a escondidas y la irrelevancia penal de la «mentira sobre la píldora» no es, por lo tanto, de ninguna manera arbitraria. Para el delito que se está examinando, la cuestión decisiva es la extensión de la intervención física, que debe permanecer estrictamente bajo el control de la parte que consiente³⁷. Sólo por esta razón, los excesos de fuerza y el sacarse el preservativo exigen consentimiento, mientras que todas las acciones que, en contra de la voluntad de la pareja, no sean suficientemente «buenas» o sean menos invasivas (como ponerse un preservativo a escondidas por temor a enfermedades) siguen siendo penalmente irrelevantes³⁸.

³⁶ De otra opinión, HOVEN/WEIGEND, *KriPoz* 2018, pp. 157 sD

³⁷ En un sentido similar, BRODSKY, *Columbia Journal of Gender and Law* 32 (2017), pp. 183, 190; HERZOG, *Festschrift für Fischer*, p. 354. En la conclusión, también, LINOH, *JurisPR-StrafR* 11/2019; COCA VILA, *InDret* 4/2022, p. 305.

³⁸ Por lo tanto, no es necesario un «correctivo normativo» para los casos de utilización encubierta de un preservativo, contrariamente a lo que cree HOFFMANN, *NStZ*, 2019, pp. 16, 17. Al respecto, véase también RAMOS VÁZQUEZ, en AGUSTINA (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, pp. 167-177; HÖRNLE en *LK-StGB*, 2023, § 177 nm. 35.

Por lo tanto, el delito de agresión sexual no puede explicarse en términos generales como una «lesión a las condiciones» de la víctima³⁹. Las únicas condiciones de la víctima que son relevantes para la norma son aquellas que determinan el grado de intervención del contacto sexual. Así, por ejemplo, aunque una filmación no autorizada de las relaciones sexuales ignora una condición impuesta por la pareja sexual, la filmación como tal no es un acto sexual contra la víctima. Por esta razón, la filmación secreta es irrelevante para el delito de agresión sexual.

La comprensión del alcance de la prohibición de agresión sexual que se propone aquí también explica por qué el engaño sobre la identidad personal de quien participa en el acto sexual no excluye el consentimiento del engañado. Lo que está en juego en la usurpación de identidad no es qué acto sexual se practica, ni siquiera con qué persona se practica, sino sólo quién es realmente esa persona. Si es *ese* agente quien acaba de recibir la autorización de su pareja, entonces es *él* la persona facultada para actuar con el permiso de la persona interesada. Por lo tanto, este caso tampoco justifica un castigo por agresión sexual. Los detalles sobre la identidad, el género, el estatus social, el origen étnico, etc. no excluyen el consentimiento del engañado, del mismo modo que la conducta de engañar a la otra persona sobre las propias intenciones no excluye su consentimiento.

V. CONCLUSIONES

El bien jurídico del delito de agresión sexual no puede entenderse como el derecho a exigir del otro la observancia de todas las condiciones para un contacto de índole sexual. Este delito sólo protege *la dimensión física* de la autonomía sexual. La protección del poder de controlar sobre los actos sexuales que se realizan sobre uno y sus límites justifica el castigo de ciertos casos de engaño en los que el agente actúa sin el consentimiento de la víctima. Por el contrario, la prohibición de la agresión sexual no abarca los casos en que se provoca una declaración de voluntad viciada.

Por lo tanto, en principio, hay dos situaciones de engaño que deben estar comprendidas por el delito de agresión sexual:

1.º Cuando el agente engañe a la víctima sobre el cumplimiento de los límites del contacto sexual impuestos por ella;

³⁹ A diferencia de VAVRA, Die Strafbarkeit, pp. 422 ss.

2.º Cuando, debido al engaño, la víctima ni siquiera pudo darse cuenta de que se le estaba practicando un acto de índole sexual.

Estos casos pueden denominarse «engaño sobre el objeto del consentimiento». Se refieren a la libertad sexual negativa de la víctima para establecer los límites de un contacto sexual. Dado que el delito sólo requiere el consentimiento para el acto sexual, pero no el consentimiento «autónomo» de la víctima, sigue abierta la cuestión *de lege ferenda* sobre si, y en qué medida, sería necesario introducir un nuevo tipo penal para castigar el engaño sobre las circunstancias relevantes para la motivación del consentimiento sexual. Sin embargo, como ya hemos mencionado, es muy cuestionable la legitimidad de la creación de tipos penales para castigar los engaños que afectan los motivos del consentimiento sexual. Especialmente cuando la autonomía moral es el único argumento utilizado para justificar esta decisión político-criminal.

CAPÍTULO LXI

EL COHECHO ACTIVO Y PASIVO DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS NACIONALES EN LA NORMATIVA PENAL INTERNACIONAL (Y REGIONAL)

JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI *

Presidente honorario de la Asociación Internacional de Derecho Penal.

Catedrático de Derecho Penal. Universidad del País Vasco.

Facultad de Derecho, San Sebastián

I. PRELIMINAR

Si tradicionalmente los Estados solo castigaban la corrupción que afectaba a los funcionarios nacionales, con la *Foreign Corrupt Practices Act* (EE.UU.) de 1977 comienza a perseguirse penalmente la corrupción de funcionarios públicos de gobiernos extranjeros por parte de empresas o ciudadanos americanos. Pronto se genera un movimiento similar en el plano internacional traducido en diversos instrumentos dirigidos a asegurar el indispensable «esfuerzo conjunto a escala internacional» contra la corrupción¹, en el que destacan, junto al Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales (1977), la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, también llamada «Convención de Mérida» (2003). Este «texto de naturaleza

* Co-IP Grupo consolidado de investigación GICCAS (IT-1486-22). ORCID: 0000-0002-8187-6201.

¹ HUBER, B., La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional, *Revista Penal*, 11, 2003, p. 41.

omnicomprensiva»² recoge una larga lista de hechos de corrupción «*lato sensu*»³ tanto en el sector público como en el privado; algunos de penalización obligatoria por los Estados, y otros no, incluyendo entre los primeros el soborno de funcionarios públicos nacionales, así como la solicitud o aceptación de un beneficio indebido por funcionarios públicos nacionales.

La Convención de Mérida viene precedida cronológicamente por la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo), aprobada por la Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000, la cual dedica sus artículos 8 y 9 a reclamar de los Estados la tipificación como delito de la corrupción activa y pasiva de funcionarios públicos nacionales⁴ incluida en el ámbito de aplicación de la Convención (art. 3.1): esto es, con «participación de un grupo delictivo organizado» y «de carácter transnacional».

Por su parte, en los marcos regionales se han desarrollado otros textos del mayor interés contra la corrupción. Dejando al margen los continentes africano,⁵ asiático, y otras iniciativas del Pacífico, sobresalen entre ellos la Convención Interamericana contra la Corrupción, de 1996 y las múltiples resoluciones y recomendaciones aprobadas en el seno del Consejo de Europa, que crea en 1999 el Grupo GRECO y cuenta además con dos Convenios anticorrupción (uno en materia civil y otro en materia penal) firmados en 1999 en Estrasburgo.

En cuanto a la Unión Europea, la corrupción se recoge en el artículo 83.1 del Tratado de Lisboa como uno de los «ámbitos delictivos (...) de especial gravedad y (...) dimensión transfronteriza» que reclaman el mayor nivel de armonización/aproximación penal a través de la figura de los llamados «eurodelitos»⁶, entre los cuales se cuentan los recogidos en el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, de 26 de junio de 1995, y en el Convenio establecido sobre la base de la letra (c) del apartado 2

² DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., La corrupción: un fenómeno complejo precisado de una política criminal integral, en F. MORALES PRATS et al (coords.), Represión Penal y Estado de Derecho. Homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares, Cizur Menor, 2018, p. 822.

³ MONGILLO, V., La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale. Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale «multilivello» dallo Stato-nazione alla globalizzazione, Napoli, 2012, p. 488.

⁴ Dejando en manos de los Estados «la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito los actos a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo cuando esté involucrado en ellos un funcionario público extranjero o un funcionario internacional», así como otras formas de corrupción (art. 8.2 Convención de Palermo).

⁵ En particular, la Convención de la Unión Africana sobre prevención y lucha contra la corrupción (Maputo, Mozambique: 11.7.2003), completada en 2009 con la creación del Comité asesor africano contra la Corrupción.

⁶ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., Nuevas Fronteras del Derecho Penal, Santiago de Chile, 2017, pp. 171 s.

del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que están implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, que entra en vigor el 28 de septiembre de 2005. Por su parte, la nueva Directiva (UE) 2017/1371, de 5 julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal, fija hacia el futuro la base común para la investigación y persecución de las infracciones penales en el seno de la Unión (definiciones comunes de los delitos, reglas de armonización de la persecución y plazos mínimos de prescripción, sanciones mínimas comunes), previendo penas de prisión para los delitos más graves⁷.

Se repasa a continuación el modo en que los instrumentos supranacionales más relevantes regulan las características de los sujetos, el tipo objetivo y subjetivo, así como las penas y demás consecuencias previstas; en el caso de la Unión Europea la atención se centra en la Directiva (UE) 2017/1371, recién mencionada y que, conforme a lo dispuesto por su artículo 16, ha venido a sustituir al Convenio de 1995.

II. CONCEPTO DE «FUNCIONARIO PÚBLICO»

Con carácter general los textos internacionales otorgan a la corrupción⁸ un lugar destacado en su articulado, en particular cuando sus formas delictivas van referidas, bien como sujetos pasivos de la acción o como sujetos activos del delito, a los funcionarios públicos, un concepto que, por su importancia, demanda la más apropiada delimitación.

Así, ya el artículo 8.4 de la Convención de Palermo lo identifica con «todo funcionario público o persona que preste un servicio público conforme a la definición prevista en el derecho interno y a su aplicación con arreglo al derecho penal del Estado Parte en el que dicha persona desempeñe esa función».

«Más amplia»⁹ es la definición del artículo 2.1 de la Convención de Mérida, para la que el término funcionario público ha de comprender: a) tanto a quien «ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u

⁷ La Directiva (UE) 2019/1937, del Parlamento Europeo y del Consejo, se ocupa, por su parte, de la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión.

⁸ La Convención de Mérida prefiere hablar de «soborno»; por su parte, el Considerando 8 de la Directiva UE 2017/1371 asimila «corrupción» y «cohecho».

⁹ NACIONES UNIDAS, Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2.ª ed. rev. Nueva York, 2012, p. 60.

honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo», b) como al que «desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte»; así como a «toda otra persona definida como «funcionario público» en el derecho interno de un Estado Parte».

En el plano regional, el artículo 1 de la Convención interamericana identifica al «funcionario público», «oficial gubernamental» o «servidor público», con «cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos»¹⁰.

En cuanto a la Directiva (UE) 2017/1371, es, junto con la Convención de Mérida, la que más pormenorizadamente define el concepto de funcionario nacional. Con arreglo a su artículo 4.4, este comprende: «(a) El funcionario “nacional” (...), incluido todo funcionario nacional de otro Estado miembro y todo funcionario nacional de un tercer país», así como (b) “Toda persona a la que se haya asignado y que esté ejerciendo una función de servicio público que consista en la gestión, en los Estados miembros o en terceros países, de intereses financieros de la Unión o en tomar decisiones sobre esos intereses”».

Además, conforme al apdo. ii) del artículo 4.4. a), se incluye en «el término “funcionario nacional” (...) a toda persona que tenga un cargo ejecutivo, administrativo o judicial a nivel nacional, regional o local», asimilando igualmente a funcionario nacional a quien «ocupe un cargo legislativo a escala nacional, regional o local». Es, en todo caso, el «Derecho nacional del Estado miembro o tercer país en que la persona de que se trate ejerza sus funciones» el que ha de tomarse como referencia a la hora de la definición de «funcionario» o «funcionario público», si bien «cuando se trate de diligencias judiciales incoadas por un Estado miembro en las que esté implicado un funcionario nacional de otro Estado miembro o un funcionario nacional de un tercer país, el primer Estado miembro solo estará obligado a aplicar la definición de “funcionario nacional” en la medida en que sea compatible con su Derecho nacional».

El Convenio Penal contra la Corrupción del Consejo de Europa emplea, por su parte, la expresión «agente público», que remite, a efectos de este instrumento, a la delimitación por parte del Derecho nacional de los conceptos de

¹⁰ Asimismo, define por «función pública»: «toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos» (art. 1 Convención Interamericana).

funcionario, oficial público, alcalde, ministro o juez, integrando entre los jueces a los miembros del ministerio público y las personas que ejerzan funciones judiciales (art. 1).

III. COHECHO ACTIVO Y PASIVO

Dos son las modalidades principales de cohecho, corrupción o soborno de funcionarios públicos nacionales acuñadas internacionalmente: la activa y la pasiva. Centradas en el cohecho antecedente –y sin alcanzar propiamente, por tanto, al llamado cohecho subsiguiente o por recompensa¹¹, ni al cohecho de facilitación¹²–, internacionalmente se configuran ambas modalidades como delitos de mera actividad, de carácter unilateral (aun cuando, en la práctica, las conductas de corrupción supongan actividades de encuentro)¹³, caracterizados en el plano subjetivo como tipos dolosos de intención.

1. Cohecho activo de funcionarios públicos nacionales

El cohecho, corrupción o soborno activo de funcionarios públicos nacionales se presenta, por lo general, como un delito común, susceptible de realización por cualquiera, al no requerirse ninguna cualidad específica en los potenciales sujetos activos, que sí es exigida para los sujetos pasivos de la acción: estos han de ser, por lo general, «funcionarios públicos», si bien en la Convención interamericana (art. VI) se incluye, junto a quien detente esta condición, a las «persona(s) que ejerza(n) funciones públicas»; por su parte, y como ya se ha dicho, el Convenio Penal del Consejo de Europa prefiere aludir a «agentes públicos» y se ocupa, además, en un artículo separado (art. 4), de la corrupción de los miembros de asambleas públicas nacionales que ejercen poderes legislativos o administrativos.

¹¹ NAVARRO CARDOSO, F., Cohecho pasivo subsiguiente o por recompensa, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2016, pp. 18-25.

¹² Esto es, el consistente en la aceptación por la autoridad o funcionario de regalos en consideración a su cargo o función, RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., Modificaciones en materia de cohecho (arts. 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426 y 427), en ÁLVAREZ GARCÍA, J. et al. (Dir.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Valencia, 2010, p. 470.

¹³ DE LA MATA BARRANCO, N. J., La respuesta a la corrupción pública. Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella. Reflexiones sobre la sanción penal como cohecho activo de actos de inducción o cooperación a la comisión de un delito por funcionario público en el ejercicio de su cargo mediante la oferta, entrega o promesa de dádiva o presente, Granada, 2004, pp. 119 ss.

La conducta objetiva típica suele ir ordinariamente referida a «la promesa, el ofrecimiento o la concesión»¹⁴, «directa o indirectamente»¹⁵, «de un beneficio indebido»¹⁶ o «ventaja indebida» (Convenio Penal de Estrasburgo, artículo 2; y Directiva (UE) 2017/1371: artículo 4.2(b)) para el propio sujeto pasivo de la acción, esto es, el funcionario, «o para un tercero»¹⁷. Por su parte, el artículo VI(b) de la Convención interamericana alude al «ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente (...) de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas».

Se trata de un tipo de intención (en concreto, de resultado cortado)¹⁸. Así, en el plano subjetivo¹⁹, la conducta no solo debe ser dolosa, sino que ha de estar además dirigida a una específica finalidad: obtener del sujeto pasivo, esto es, del funcionario o agente público, que «actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales», lo que no es preciso que se produzca efectivamente para que se alcance la consumación del delito. La Directiva (UE) 2017/1371 (art. 4.2(b)) añade, en todo caso, algo más: el actuar o abstenerse de hacerlo, «de acuerdo con su deber o en el ejercicio de sus funciones», ha de repercutir negativamente (perjudicar o poder perjudicar) en el propio ámbito de aplicación de la Directiva: los intereses financieros de la UE.

2. Cohecho pasivo de funcionarios nacionales

El cohecho, corrupción o soborno pasivo de funcionarios nacionales constituye, por su parte, un delito especial: solo puede ser sujeto activo del mismo un funcionario público, término al que el artículo VI de la Convención interamericana añade las «persona(s) que ejerza(n) funciones públicas»; por su parte, el Convenio Penal del Consejo de Europa (que, como se ha dicho, regula separadamente en su art. 4 la corrupción de los miembros de las asam-

¹⁴ «Ofrecimiento» u «otorgamiento», en el caso de la Convención interamericana.

¹⁵ «Directamente o través de un intermediario» en el art. 4.2 b de la Directiva (UE) 2017/1371.

¹⁶ Beneficios «tangibles o intangibles [...], tanto pecuniarios como no pecuniarios», NACIONES UNIDAS, Guía legislativa, 2012, p: 67.

¹⁷ «En su propio provecho o en el de otra persona o entidad», en la formulación de las Convenciones de Palermo y de Mérida.

¹⁸ DE LA MATA BARRANCO, La respuesta, 2004, p. 192.

¹⁹ Dispone el art. 28 de la Convención de Mérida, respecto de los elementos subjetivos, que «el conocimiento, la intención o el propósito que se requieren como elemento de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas».

bleas públicas nacionales que ejercen poderes legislativos o administrativos) prefiere hablar de «agentes públicos». En todo caso, cualquier ciudadano (o entidad) puede ser sujeto pasivo de la acción.

Conducta objetiva típica del cohecho pasivo suele ser «la solicitud o aceptación», «directa o indirectamente», «de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho» (esto es, en el provecho del sujeto activo: el funcionario) «o en el de otra persona o entidad». Ahora bien, tanto la Convención interamericana como el artículo 4.2(a) de la Directiva (UE) 2017/1271 se separan de este tenor literal, compartido por las Convenciones de Mérida y Palermo.

El art. VI(a) de la Convención interamericana alude al «requerimiento o la aceptación directa o indirectamente (...) de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas».

El artículo 4.2(a) de la Directiva (UE) 2017/1371 evita, por su parte, la mención explícita del carácter indebido del beneficio (en la Directiva, «ventaja») y se refiere al hecho de que el funcionario «directamente o a través de un intermediario, pida o reciba ventajas de cualquier tipo, para él o para terceros, o acepte la promesa de una ventaja».

En el plano subjetivo el delito es doloso, como en el caso de la corrupción o soborno activos, y se caracteriza igualmente por el ánimo del funcionario de obtención de un beneficio para sí mismo o para otra persona o entidad: un beneficio que no necesariamente ha de ser pecuniario, por lo que no se está estrictamente ante un ánimo de lucro. Es asimismo necesaria la concurrencia de la finalidad específica ya mencionada respecto de la corrupción activa y referida al funcionario: la actuación o abstención de actuar «en el cumplimiento de sus funciones oficiales», algo que no es preciso que se produzca para que el delito resulte consumado y cuya exigencia convierte a este tipo penal de intención en un delito mutilado de dos actos, pues la actuación o abstención de actuar queda en manos del propio sujeto activo²⁰. Lo mismo se aplica a la Convención interamericana, aun cuando se exprese de un modo diverso. Por su parte, el artículo 4.2(a) de la Directiva (UE) 2017/1371, añade a la finalidad de que el funcionario «actúe, o se abstenga de actuar, de acuerdo con su deber o en el ejercicio de sus funciones», el que tal actuación o abstención se produzca «de modo que perjudique o pueda perjudicar los intereses financieros de la Unión.»

²⁰ DE LA MATA BARRANCO, N. J., La respuesta, 2004, p. 192.

3. Formas preparatorias, tentativa y participación

A pesar de su condición de delitos de mera actividad²¹, admite la Convención de Mérida (art. 27.2) la posibilidad de castigo de la tentativa de los hechos de cohecho, corrupción o soborno activo o pasivo por parte de las legislaciones nacionales, animando a los Estados a plantearse el posible castigo de «la preparación con miras a cometer» esos delitos (art. 27.3). También la Convención interamericana incluye, entre los actos que los Estados han de tipificar en su derecho interno (art. VII), la «tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos» de corrupción (art. VI.1(e)). Sin embargo, el artículo 5.2 de la Directiva (UE) 2017/1371 restringe la obligación de los Estados miembros –de adopción de «las medidas necesarias para garantizar que una tentativa (...) sea punible como infracción penal»– a los delitos contemplados en los artículos 3 (fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión) y 4.3 (malversación), lo que deja fuera los actos de corrupción activa y/o pasiva de funcionarios públicos nacionales del artículo 4.2.

En cuanto a la autoría y participación, mientras que el artículo 8.3 de la Convención de Palermo se fija solo en la adopción de «las medidas que sean necesarias para tipificar como delito la participación como cómplice», en el artículo 27.1 de la Convención de Mérida se coloca al mismo nivel la participación como «colaborador o instigador, en un delito tipificado con arreglo a la presente Convención», alentando a los Estados a sopesar «la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito –cuando se cometan intencionalmente tras la comisión de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, pero sin haber participado en ellos–, el encubrimiento o la retención continua de bienes a sabiendas de que dichos bienes son producto de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención» (art. 24).

En el plano regional, el artículo VI(1)(e) de la Convención interamericana contempla el castigo de quien intervenga como «autor, co-autor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo».

Por su parte, el artículo 15 del Convenio Penal del Consejo de Europa se centra exclusivamente en el deber de los Estados de «erigir en infracción penal, conforme a su derecho interno, todo acto de complicidad en cualquiera de las infracciones penales» contempladas por la Convención.

²¹ DE LA MATA BARRANCO, N. J., *ibidem.*, p. 106.

Finalmente, la Directiva (UE) 2017/1371 reclama a los Estados el castigo de la inducción y la complicidad, en relación con las infracciones penales contempladas tanto por los arts. 3 y 4, lo que incluye, por tanto, la corrupción activa y pasiva de funcionarios públicos nacionales.

IV. PENAS Y OTRAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS

Los textos internacionales y regionales ordenan, en general, que los hechos de cohecho, corrupción o soborno sean penados «con sanciones que tengan en cuenta la gravedad de esos delitos» (Convención de Mérida, art. 30.1; Convención de Palermo, artículo 10.1), algo a tener, a su vez, presente a la hora de la eventual concesión de «la libertad anticipada o la libertad condicional a personas que hayan sido declaradas culpables» de los mismos (Convención de Mérida, artículo 30.5; Convención de Palermo, artículo 10.4).

En el Convenio Penal de Estrasburgo (art. 19.1) las sanciones y medidas han de ser «efectivas, proporcionales y disuasorias» (ver también Directiva (UE) 2017/1371, artículo 7.1) e incluir, en el caso de las personas físicas, «sanciones privativas de libertad²² que puedan dar lugar a la extradición».

Los apartados 3 y 4 del artículo 7 de la Directiva (UE) 2017/1371²³ avanzan en la concreción de la pena, al establecer el deber de los Estados de garantizar «una pena máxima de al menos cuatro años de prisión» para aquellos delitos que «supongan daños y perjuicios o ventajas considerables» (presumiéndose que lo son cuando superen los 100.000 €), así como si concurren «otras circunstancias graves definidas en su Derecho nacional», y pudiendo imponer sanciones no penales cuando los daños, perjuicios o ventajas no superen los 10.000 euros.

Adicionalmente, el artículo 30.6 de la Convención de Mérida anima a los Estados Parte a «considerar(á) la posibilidad de establecer, en la medida en que ello sea concordante con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, procedimientos en virtud de los cuales un funcionario público que sea acusado de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención pueda, cuando proceda, ser destituido, suspendido o reasignado por la autoridad correspondiente, teniendo presente el respeto al principio de presunción de inocencia».

²² En el mismo sentido, el artículo 7.2 de la Directiva (UE) 2017/1371.

²³ Que, en su artículo 8, obliga a los Estados miembros a «garantizar que, cuando una de las infracciones penales a que se refieren los artículos 3, 4 o 5 se cometa en el seno de una organización delictiva en el sentido de la Decisión Marco 2008/841/JAI, ello se considere circunstancia agravante».

Asimismo, y sin perjuicio del ejercicio de las facultades disciplinarias que corresponda (art. 30.8), se indica en el artículo 30.7 que, siempre que «la gravedad de la falta lo justifique y en la medida en que ello sea concordante con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico», los Estados Parte «considerará(n) la posibilidad de establecer procedimientos para inhabilitar, por mandamiento judicial u otro medio apropiado y por un período determinado por su derecho interno, a las personas condenadas por delitos tipificados con arreglo a la presente Convención para: a) Ejercer cargos públicos; y b) Ejercer cargos en una empresa de propiedad total o parcial del Estado».

Recuerda, además, la Convención de Mérida a los Estados Parte que deben «promover la reinserción social de las personas condenadas por delitos tipificados con arreglo a la presente Convención» (art. 30.10), algo que merece «valorarse muy positivamente»²⁴, al tiempo que se autoriza a los Estados a «adoptar las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para tener en cuenta, en las condiciones y para los fines que estime apropiados, toda previa declaración de culpabilidad²⁵ de un presunto delincuente en otro Estado a fin de utilizar esa información en actuaciones penales relativas a delitos tipificados con arreglo a la presente Convención» (art. 41).

V. DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL Y CORRUPCIÓN

El reconocimiento de que «la corrupción es uno de los instrumentos que utiliza la criminalidad organizada con la finalidad de materializar sus propósitos» (así, Convención interamericana) está presente en los principales instrumentos internacionales, los cuales no dejan de manifestar la preocupación por la vinculación entre corrupción y delincuencia organizada; en este sentido, hasta la Convención de Mérida añadió como broche final de su mismo Preámbulo la «satisfacción» por «la entrada en vigor, el 29 de sep-

²⁴ ACALE SÁNCHEZ, M., La lucha contra la corrupción en el ámbito supranacional y su incidencia en el código penal español, en L. M. PUENTE ABA (ed.), Economía y Derecho penal en Europa: una comparación entre las experiencias italiana y española. Actas del Congreso hispano-italiano de Derecho penal económico (Università degli Studi di Milano, Milano, 29-30 de mayo de 2014), Universidade da Coruña, 2015, p. 25.

²⁵ «Ya no sujeta a apelación» (A/58/422/Add.1 párrafo 40). NACIONES UNIDAS, Guía legislativa, 2012: 140.

tiembre de 2003, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional».

Lo anterior no lleva, sin embargo, a la formulación de un concepto de corrupción transnacional que subraye «su extensión y su carácter organizado»²⁶, ni en el caso de la Convención de Palermo, declarada por los Estados firmantes como «un instrumento eficaz y el marco jurídico necesario para la cooperación internacional con miras a combatir, entre otras (...), la corrupción». Critican, por ello, con razón Olásolo y Galain Palermo, «la insuficiencia del enfoque de los tratados internacionales anticorrupción»²⁷, que merecería ser objeto de revisión.

En esa línea, junto a la aplicación de las medidas específicas dirigidas a la lucha contra la criminalidad organizada, conviene, al menos recordar el contenido del art. 8 de la Directiva (UE) 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal, el cual ordena a los Estados miembros «garantizar que, cuando una de las infracciones penales a que se refieren los artículos 3, 4 o 5 se cometa en el seno de una organización delictiva en el sentido de la Decisión Marco 2008/841/JAI, ello se considere circunstancia agravante».

VI. RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Sí que imponen a los Estados Parte las Convenciones de Mérida (art. 26) y de Palermo (art. 10) la obligación de adoptar las «medidas necesarias», de acuerdo con sus principios jurídicos, para el establecimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos de cohecho, corrupción o soborno activo o pasivo: una responsabilidad que, «con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte», se prevé que pueda «ser de índole penal, civil o administrativa», y ha de traducirse en «sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias», siempre «sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales» que hayan realizado los delitos.

La previsión es importante, a la vista de la frecuente utilización e implicación en los hechos de corrupción de entidades que, «dentro de una aparente legalidad», operan en «los ámbitos económico (empresas con departamentos

²⁶ OLÁSULO, H./GALAIN PALERMO, P., La insuficiencia del enfoque de los tratados internacionales anticorrupción para abordar la corrupción transnacional organizada, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXXV, n. 2, 2022, p. 242.

²⁷ *Ibidem*, pp. 227 y 242.

de operaciones especiales/sobornos), financiero (banca de inversión como facilitador de delitos de lavado de activos), político (partidos políticos con tesorerías que gestionan una doble financiación lícita e ilícita), social (sindicatos y organizaciones no gubernamentales que recurren también a una doble financiación lícita e ilícita) y técnico (despachos contables y firmas de abogados que facilitan o encubren las prácticas corruptas)»²⁸.

La responsabilidad de las personas jurídicas merece, en todo caso, una mayor atención en los textos regionales europeos. El art. 1(d) del Convenio Penal del Consejo de Europa considera «persona jurídica» a toda entidad con tal estatuto en virtud del derecho nacional aplicable, excepción hecha de los Estados u otras entidades públicas que ejerzan prerrogativas de poder público y las organizaciones internacionales públicas; y en la misma línea se coloca el art. 2.1(b) de la Directiva (UE) 2017/1371, si bien, en lugar de las «entidades públicas», alude a «organismos públicos en el ejercicio de la autoridad estatal».

Tanto el Convenio de Estrasburgo (art. 18) como la Directiva (UE) 2017/1371 (art. 6) ligan la citada responsabilidad a los hechos cometidos a título de autor, cómplice o inductor por: (a) personas físicas que actúen por cuenta de la entidad («en su provecho» para la Directiva), individualmente o como miembros de un órgano de la persona jurídica; o (b) que ocupen posiciones directivas en la entidad basadas en su poder de representación de la misma, su autoridad para la adopción de decisiones en nombre de la persona jurídica o para ejercer un control en su seno. También se entiende que la responsabilidad de la persona jurídica puede surgir de la ausencia de vigilancia o control por parte de las personas indicadas, si resulta ser la causa de la comisión de los hechos por alguna persona física sometida a su autoridad.

En caso de responsabilidad se ordena la imposición de «sanciones eficaces, proporcionales y disuasivas» (Convenio Penal del Consejo de Europa, art. 19.1; Directiva (UE) 2017/1371, art. 9) de naturaleza penal o no, incluidas las sanciones pecuniarias («multas de carácter penal o administrativo») que el art. 9 de la Directiva completa con otras: «(a) exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas; b) exclusión temporal o permanente de los procedimientos de contratación pública; (c) inhabilitación temporal o permanente para el ejercicio de actividades comerciales; (d) intervención judicial; (e) disolución judicial; (f) cierre temporal o permanente del establecimiento que se haya utilizado para cometer la infracción penal».

²⁸ OLÁSOLO, H./GALAIN PALERMO, P., *La insuficiencia*, 2022, p. 236.

VII. OTROS ASPECTOS

1. Prescripción

Los Estados vienen internacionalmente obligados al establecimiento de «un plazo de prescripción amplio» (Convención de Mérida, artículo 29) o «prolongado» (Convención de Palermo, art. 11.5), que permita la persecución ante los tribunales de los hechos de cohecho, corrupción o soborno, y que se complete por la previsión de «un plazo mayor» o de la interrupción de la prescripción (Convención de Mérida, art. 29) para «cuando el presunto delincuente haya eludido la administración de justicia» (Convención de Mérida, art. 29; Convención de Palermo, art. 11.5).

Por su parte, la Directiva (UE) 2017/1371 (art. 12.1), con el fin de facilitar la persecución «eficaz» de estos hechos, establece el deber de los Estados de fijación de «plazo(s) de prescripción (...) que posibiliten la investigación, el enjuiciamiento, el juicio oral y la resolución judicial de las infracciones penales (...) durante un período suficiente», estimado en «al menos cinco años a partir del momento en que se cometió la infracción» (art. 12.2)²⁹. E insiste en este punto el artículo 12.4 en el deber de los Estados miembros de asegurar «mediante la adopción de «todas las medidas necesarias» y «durante un período de al menos cinco años³⁰ a partir de la fecha de la condena firme»— la ejecución de las penas de más de un año de prisión, o alternativamente (para las infracciones penales punibles con una pena máxima de al menos cuatro años de prisión), de la pena de prisión impuesta con base en los artículos 3, 4 o 5.

2. Decomiso e incautación

Se espera también de los Estados, «en la medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno», el despliegue de medidas dirigidas a autorizar el decomiso o la incautación del producto de los hechos de cohecho, corrupción o soborno, así como de los bienes, equipos u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en su comisión (Convención de Mérida, art. 31; Convención de Palermo, art. 12). El decomiso de los productos puede ser sus-

²⁹ Se permite, con todo, la fijación de «un plazo de prescripción inferior a cinco años pero no inferior a tres años, siempre y cuando garanticen que ese período pueda ser interrumpido o suspendido por determinados actos» (art. 12.3).

³⁰ Sin perjuicio de las «prórrogas del período de prescripción que se deriven de su interrupción o suspensión» (art. 12.4, último inciso).

tituido por el de otros bienes de valor correspondiente (Convención de Mérida, artículo 31.1(a)); Convenio Penal de Estrasburgo, art. 19). Los Estados quedan además obligados a cooperar internacionalmente a estos efectos (Convención de Palermo, art. 13); en el seno de la UE, conforme a lo dispuesto en la Directiva 2014/42/UE sobre embargo y decomiso de los instrumentos y del producto del delito (art. 10 de la Directiva (UE) 2017/1371).

3. Reparación e indemnización de las víctimas

En cuanto a las víctimas, los textos internacionales no incluyen ninguna garantía específica respecto de su reparación o indemnización³¹. Coinciden, con todo, las Convenciones de Mérida (art. 35) y de Palermo (art. 25) en imponer a los Estados la obligación de adoptar las medidas necesarias para asegurar a las víctimas el ejercicio de su derecho de reparación e indemnización, en particular mediante el reconocimiento a las personas o entidades afectadas³² de la correspondiente «acción legal contra los responsables de esos daños y perjuicios» (Convención de Mérida, art. 35).

La Convención de Palermo añade a lo anterior el deber de los Estados Parte, «dentro de sus posibilidades», de «prestar asistencia y protección a las víctimas de los delitos comprendidos en la presente Convención, en particular en casos de amenaza de represalia o intimidación»(art. 25.1), así como de permitir, «con sujeción a su derecho interno, que se presenten y examinen las opiniones y preocupaciones de las víctimas en las etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los delincuentes sin que ello menoscabe los derechos de la defensa» (art. 25.3).

VIII. COMENTARIO FINAL

La pluralidad de instrumentos procedentes de diversas instancias internacionales constituye, sin duda, una manifestación de la preocupación internacional por un fenómeno de naturaleza compleja, difícil de prevenir y cuyas repercusiones políticas, económicas y sociales se reconocen de primer orden.

³¹ NACIONES UNIDAS, Guía legislativa, 2012, p.133

³² Lo que debe entenderse inclusivo de «las personas jurídicas y naturales». NACIONES UNIDAS, Guía legislativa, 2012, p.133.

El repaso de la regulación internacional y regional de la corrupción pone, con todo, de manifiesto las distancias y falta de uniformidad que caracterizan a sus previsiones, algo que, en Derecho penal internacional, se traduce inevitablemente en la práctica en múltiples dificultades a la hora de la aplicación y cooperación, de aquí la necesidad de ir avanzando en su aproximación e integración.

Sorprende, además, especialmente, y sin perjuicio de otras cuestiones, la extendida incoherencia entre la insistencia en la conexión entre delincuencia organizada y corrupción y la falta de atención específica a la corrupción transnacional y organizada, algo a corregir sin demora cuanto menos mediante la previsión (en la línea de la Directiva (UE) 2017/1371) de tipos cualificados específicos para los hechos conectados con grupos u organizaciones criminales, en particular de carácter transnacional.

CAPÍTULO LXII

LA SEGURIDAD ALIMENTARIA Y EL TRÁFICO CON GÉNEROS CORROMPIDOS

JULIO DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO
Profesor Emérito de Derecho Penal.
Universidad Autónoma de Madrid

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Los alimentos son esenciales para la vida y subsistencia del ser humano y este hecho provoca que la seguridad de los mismos haya sido una constante preocupación por parte de la humanidad¹. De ahí, que la seguridad alimentaria haya sido y sea en la actualidad un aspecto del específico campo de la alimentación sobre el que sigue haciendo hincapié la Unión Europea².

En el Libro Blanco de la Comisión Europea, adoptado el 12 de enero de 2000, sobre Seguridad Alimentaria, se diseña una nueva concepción comunitaria de la regulación alimentaria describiendo un conjunto de acciones necesarias para completar y modernizar la legislación de la Unión Europea en el ámbito de la alimentación, organizando la seguridad alimentaria de una manera coordinada e integrada y tomando en consideración todos los aspectos de la producción alimentaria entendida como un todo, desde la producción primaria hasta la venta o el suministro de alimentos al consumidor, y cuyo mejor expo-

¹ Cfr. DEL RÍO MONGE, Á., El concepto de seguridad alimentaria y su marco jurídico, en Manual básico de derecho alimentario (Salameo Teixidó, L., dir.), Valencia, 2019, p. 177.

² OANTA, G. A., La política de seguridad alimentaria en la Unión Europea, Valencia, 2007, pp. 34 ss.

nente es el Reglamento (CE) n.º 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria³ (en adelante, el Reglamento).

En esta senda se enmarca la Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición⁴, en cuyo artículo 3.1 se especifica que «A los efectos de esta ley serán aplicables las definiciones previstas en los artículos 2 y 3 del Reglamento (CE) n.º 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria...». Previamente, y para acompasarse al ámbito organizativo determinado por la Unión Europea, se había aprobado la Ley 11/2001, de 5 de julio, por la que se crea la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición, con el objetivo general de promover la seguridad alimentaria, como aspecto fundamental de la salud pública, y de ofrecer garantías e información objetiva a los consumidores y agentes económicos del sector agroalimentario español⁵. Téngase en cuenta que la seguridad alimentaria es una exigencia derivada de la Constitución, que consagra el derecho a la protección de la salud y otorga a los poderes públicos competencia para organizar y tutelar la salud pública y les encomienda la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses de los mismos (artículos 43, 51 y 149.1.16.^a).

Por otra parte, aunque la definición de seguridad alimentaria ya es de por sí compleja, es necesario señalar que el concepto traducido al español como «seguridad alimentaria» engloba en realidad a dos dimensiones que ésta presenta y que acogen en inglés dos definiciones separadas: *food security*, referida fundamentalmente a la cantidad de alimentos disponibles, así como al acceso a los mismos, y *food safety*, referida a la calidad o inocuidad

³ A su vez, este Reglamento se ha visto complementado por un conjunto de reglamentos de higiene y control oficial que viene a establecer la regulación básica que, en esta materia, se aplica a todas las etapas de la cadena alimentaria y muy en particular a los de origen animal.

⁴ En cuyo Preámbulo, apartado II, se enuncia el propósito del establecimiento de un marco legal básico común aplicable al conjunto de las actividades que integran la seguridad alimentaria y la consecución de hábitos nutricionales y de vida saludables. Todo ello con un enfoque amplio que permita asumir como cierta la aseveración de que buscamos la seguridad a lo largo de toda la cadena alimentaria. Es decir, «desde la granja hasta la mesa».

⁵ Modificada por la Disposición final primera de la Ley 16/2021, de 14 de diciembre, por la que se modifica la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria.

de los alimentos⁶. Es este último aspecto el que incide más claramente en la tutela penal que brinda nuestro Código penal a las condiciones y propiedades que deben tener los alimentos destinados al consumo humano. De ahí, que se contemple un elenco de conductas susceptibles de merecer una respuesta punitiva. Se habla, así, de nocividad, riesgo y peligrosidad de las mismas, teniendo en cuenta que «no se comercializarán los alimentos que no sean seguros», esto es, cuando sean nocivos para la salud o no sean aptos para el consumo humano, según se señala en el artículo 14 del Reglamento. Esta cualidad de nocividad es la clave para su regulación.

II. LOS LLAMADOS FRAUDES ALIMENTARIOS

Los fraudes «nocivos» (aquellos que integran atentados contra la salud individual o pública) ofrecen, en la práctica, dificultades en su detección y represión en su caso, en función de las dificultades que surgen a la hora de determinar la peligrosidad de los productos⁷. Las escasas resoluciones judiciales dan buena prueba de ello.

Las conductas consistentes en la manipulación y adulteración de los alimentos destinados al consumo humano tienen como elemento criminológico medular la idea de fraude⁸ y se agrupan en lo que, quizás por ello, aunque quizás de manera impropia, suele denominarse *fraudes alimentarios*, teniendo en cuenta que el concepto de fraude no es un concepto unívoco, sino que engloba modalidades variadas de comisión de un injusto sin violencia ni intimidación. En este ámbito de lo que, en todo caso, llamaremos «fraudes alimentarios»⁹, fraude ha de asimilarse a engaño, falsedad o mendacidad, sin las notas específicas del perjuicio patrimonial, elemento típico en muchos de los actualmente denominados delitos «contra el patrimonio y contra el orden socio-económico» en la rúbrica del Título XIII del Libro II del Código penal.

⁶ ANADÓN NAVARRO, A., Seguridad alimentaria, en Anales de la Real Academia de Doctores, vol. 7, n.º 1, 2022, p. 122; FILLOL MAZO, A., Seguridad Alimentaria y Derecho Internacional, Madrid, 2020, p. 26; GARCÍA ALFARAZ, A. I., Seguridad alimentaria: retos y Derecho penal, A Coruña, 2022, p. 25 ss.; RAMÓN FERNÁNDEZ, F., Derecho alimentario y protección del consumidor, Valencia, 2020, p. 37.

⁷ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., El Derecho penal ante los fraudes alimentarios. Responsabilidad por el producto en la moderna sociedad del riesgo, Madrid, 2010, p. 16.

⁸ DOVAL PAÍS, A., La respuesta penal frente a los fraudes alimentarios, en Manual básico de derecho alimentario (L. TEIXIDÓ, dir.), Valencia, 2019, p. 275.

⁹ Con esa denominación de «fraudes alimentarios» aparecen en el art. 65.1.ºd) de la LOPJ, entre los delitos de los que debe conocer para su enjuiciamiento (junto a los de tráfico de drogas o estupefacientes y los de sustancias farmacéuticas y medicinales) la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, siempre que sean cometidos por grupos organizados y produzcan efectos en lugares pertenecientes a distintas Audiencias.

Dichos comportamientos, aparecen actualmente contemplados como delitos¹⁰ en los artículos 363 a 367 del vigente Código penal de 1995, con una redacción que solo ha sufrido una modificación en el art. 366 mediante la LO 1/2015 con el propósito de contemplar el castigo de las personas jurídicas cuando fueran responsables de dichos delitos¹¹, y se contienen dentro de los delitos contra la salud pública en el Capítulo III del Título XVII (Delitos contra la seguridad colectiva) del Libro II del Código penal.

Bajo esa rúbrica de «Delitos contra la seguridad colectiva» se agrupan una serie de conductas con un denominador común y cuya razón de su incriminación radica en que afectan a determinados aspectos del conjunto de condiciones por las que la colectividad puede considerarse segura frente a situaciones de riesgo. Cuyo concreto aspecto en este caso es la salud pública, concepto que, desde luego, no está exento de discusión como bien jurídico-penal¹² y cuya configuración ha de verse como un expediente de técnica legislativa empleado para el castigo de ciertas conductas graves que, de otro modo, habrían de quedar impunes. El bien jurídico salud pública presenta un carácter autónomo respecto a la salud individual y la seguridad alimentaria puede considerarse un interés colectivo que se enmarca en aquél; en todo caso, puede convenirse en que se configura como un conjunto de condiciones positivas y negativas que posibilitan el bienestar de las personas¹³.

Debe de tenerse en cuenta que no se contempla en estas figuras una protección de todos los intereses que afectan a los consumidores¹⁴, pues para ello están previstos de una manera más específica los delitos «relativos al mercado

¹⁰ En el CP de 1870 se contemplaban en los arts. 592.4º y 5º, y 595, dentro de las «faltas contra los intereses generales y régimen de las poblaciones», conductas relacionadas con defraudaciones al público en la venta de sustancias (también las alimentarias), ya fuera en la cantidad o en la calidad, y la expendición de bebidas o comestibles adulterados o alterados, perjudiciales a la salud. De forma parecida, en los arts. 804 y 805 del CP de 1928; 568.4º y 5º del CP de 1932, y 573.4º y 576.3º del CP de 1944. Desde la reforma operada por la LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, no existen ya en esta materia infracciones catalogadas como faltas. DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., Las faltas contra los intereses generales y contra el orden público en el Código Penal español, Pamplona, 2009, pp. 15-20.

¹¹ Sobre los distintos tipos penales contemplados en la legislación vigente, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., Delitos relativos a productos o sustancias destinados al consumo: fraudes alimentarios, en *Memento Práctico Penal 2023* (Molina Fernández, F., Coord.), Madrid, 2022, pp. 1702-1715.

¹² ASÍ DE VICENTE REMESAL, J./GARCÍA MOSQUERA, M., Algunos aspectos esenciales del fraude alimentario (A propósito de unos supuestos de comercialización de vieiras contaminadas), en *Libro homenaje a Santiago Mir* (LUZÓN PEÑA, D. M. Dir.), Madrid, 2010, pp. 797-840, reproducido posteriormente en *Revista penal México*, núm. 8, 2015, con el título de *Comercialización de vieiras contaminadas: algunos aspectos esenciales del fraude alimentario*, por el que citamos, pp. 197-200.

¹³ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, parte especial*, 24.ª ed., Valencia, 2022, p. 647.

¹⁴ El art. 8.1 a) del RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, contempla entre los derechos básicos de los consumidores y usuarios y de las personas consumidoras vulnerables, la protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad. Sobre la cuestión, IZQUIERDO-CA-

y a los consumidores» (arts. 278 a 286 CP), y los englobados en las «defraudaciones», como, de manera significativa, las estafas. Si, como se ha dicho en alguna ocasión, la alimentación es una actividad de riesgo, al mismo tiempo que la sociedad demanda una mayor productividad para satisfacer el consumo y contribuir así al incremento del bienestar, exige un aumento de las condiciones de seguridad. En medida creciente, «la *seguridad* se convierte en una pretensión social a la que se supone que el Estado y, en particular, el Derecho penal deben dar respuesta»¹⁵. No es una casualidad que el descubrimiento de la figura del consumidor coincida con la difusión de productos defectuosos¹⁶. La existencia de un producto nocivo para la salud en el mercado ya supone la lesión del *principio de confianza* en su inocuidad y, por consiguiente, ya no cabe confiar racionalmente en la indemnidad de la salud individual de los ciudadanos¹⁷. En todo caso, el así llamado «principio de confianza», que surgió en Alemania a mediados del pasado siglo xx como un criterio jurisprudencial destinado a determinar la responsabilidad por imprudencia en el ámbito del tráfico viario¹⁸, si bien se ha propuesto en alguna ocasión su aplicación en el ámbito de la responsabilidad por el producto¹⁹, no parece haber tenido demasiada aplicación (ni siquiera en la STS de 23 de abril de 1992, que resolvió el caso del aceite de colza desnaturalizado).

Por otra parte, antes de entrar en otras cuestiones, debe reseñarse que es en esta materia en la que cada vez más ha adquirido importancia el llamado principio «de precaución» o de cautela²⁰, importado del derecho medioambiental alemán en la década de los setenta del siglo pasado bajo la denomina-

RRASCO, M./REBOLLO PUIG, M., en Comentarios a la Constitución Española (RODRÍGUEZ-PIÑERO; CASAS BAHAMONDE, dirs.), Madrid, 2018, tomo I, pp.1430-1446.

¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 3ª ed., Buenos Aires, 2011, p. 31.

¹⁶ IÑIGO CORROZA, E. La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos, Barcelona, 2001, pp. 30-31. El cambio experimentado en el sistema de valores de los consumidores ha provocado una mayor concienciación en materia de calidad alimentaria. De ahí que los tipos penales referidos a los fraudes alimentarios, junto con la responsabilidad penal por el producto defectuoso o peligroso, sean exponentes del denominado Derecho penal de la sociedad del riesgo. AGUADO LÓPEZ, S., Consecuencias jurídicas en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto, en especial en los delitos de fraude alimentario, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 2005, pp. 57 ss.; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., Sociedad del riesgo y fraudes alimentarios, en Un modelo integral de Derecho Penal. Libro Homenaje a la Profesora Mirentxu Corcoy, Madrid, 2022, pp. 1099 ss.

¹⁷ CORCOY BIDASOLO, M., Delitos alimentarios y protección penal de la salud pública, en Revista de Bioética y Derecho, 2018, 42, p.7.

¹⁸ Por todos, MARAVER GÓMEZ, M., El principio de confianza en Derecho Penal, Madrid, 2009.

¹⁹ Por ejemplo, PAREDES CASTAÑÓN, J. M., en El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos (PAREDES/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS), Valencia, 1995, pp. 157 ss.

²⁰ GARCÍA ALFARAZ, A., Principio de precaución. Seguridad alimentaria y delito, Tirant, Valencia, 2022.

ción de *Vorsorgeprinzip*²¹, y que se contempla en los arts. 7 del Reglamento y también 7 de la Ley 17/2011.

Al respecto, debe hacerse una referencia obligada a la doctrina jurisprudencial, que parece arrancar en la STS 1546/1999, de 6 de noviembre, que, a mi juicio de una manera inapropiada, toma algunas de las consideraciones que se vierten en la STJCE 1998/80, de 5 de mayo de 1998, en el caso de las «vacas locas», respecto a la aplicación en las figuras de los «fraudes alimentarios» de este llamado «*principio de precaución*». La aplicación del principio de precaución o cautela ampara la actuación anticipada de los poderes públicos cuando fallan los dispositivos para garantizar la seguridad alimentaria. Se trata, pues, de una figura para afrontar situaciones de peligro para la salud de las personas en situaciones de incertidumbre científica, de incerteza. La aplicación de dicho principio debe desarrollarse siempre en el marco del método del análisis del riesgo (base científica)²².

Nuestro Tribunal Supremo y algunas Audiencias Provinciales que siguieron de forma adhesiva esa dirección, han entendido, por ejemplo, a la hora de aplicar el art. 364.2.1.º, que «Lo decisivo es el carácter peligroso de la sustancia administrada y no el peligro real con ella para la salud pública y, en consecuencia, parece obvio que el peligro abstracto no puede depender del peligro concreto generado, sino de la realización de la acción peligrosa en sí misma»²³. De esta manera, la prohibición formal basada en el principio de precaución llega hasta la de los peligros razonablemente sospechados por la Administración, con lo que ese principio comunitario de precaución, no penal, pasa a convertirse de este modo «en un criterio político criminal con influencia directa en la interpretación de los tipos penales»²⁴ que, además, hace que se identifique el injusto con la mera infracción de un deber. En conclusión, el denominado principio de precaución, que puede ser válido en los ámbitos del derecho civil y administrativo, no puede trasladarse sin más al Derecho Penal²⁵.

²¹ ESCOBAR VÉLEZ, S., La responsabilidad penal por productos defectuosos, Valencia, 2012, pp. 54-76.

²² RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, B./PÉREZ GARCÍA, M., La seguridad alimentaria en el ordenamiento jurídico europeo e interno español. Evolución, regulación y perspectivas ante la PAC 2014-2020, en Estudios Jurídicos sobre seguridad alimentaria (A. MENÉNDEZ REXACH, dir.), Madrid 2015, pp. 60-66.

²³ SSTS 1546/1999, de 6 de noviembre; 1973/2000, de 15 de diciembre; 18/2001, de 20 de enero, entre otras.

²⁴ Críticamente y con razón, GARCÍA RIVAS, N., Influencia del principio de precaución sobre los delitos contra la seguridad alimentaria, en Libro Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Pamplona, 2005, p. 1405; NAVARRO CARDOSO, F., Retos del Derecho penal global, en Estudios Penales y Criminológicos, XL (2020), pp. 1043-1092.

²⁵ CORCOY BIDASOLO, M., Protección penal de la salud de los consumidores e imputación de homicidios y lesiones: el caso de la colza, en Fraude a consumidores y Derecho penal (CORCOY/GÓMEZ, dirs.), Madrid, 2016, p. 499.

III. EL TRÁFICO CON GÉNEROS CORROMPIDOS

Quiero referirme ahora a la tercera modalidad de conducta típica del artículo 363 CP, en el que se castiga a los productores, distribuidores o comerciantes que pongan en peligro la salud de los consumidores *...traficando con géneros corrompidos*, y que supone una ampliación de la conducta de venta, que se contemplaba en la legislación anterior al CP vigente de 1995, pues, en efecto, el tráfico puede considerarse una conducta más amplia que la propia compraventa.

Por *tráfico* debemos entender no sólo la transmisión onerosa o venta del género corrompido, sino también la donación y obsequio que de él se haga, haciéndose referencia a la movilidad, extensión o propagación del mismo. El artículo 3.8) del Reglamento define la «Comercialización» como la tenencia de alimentos o piensos con el propósito de venderlos; se incluye la oferta de venta o de cualquier otra forma de transferencia, ya sea a título oneroso o gratuito, así como la venta, distribución u otra forma de transferencia.

En cuanto a los *géneros*, señala la jurisprudencia que, pese al indeterminado alcance de la expresión «género» ésta viene limitada a los alimentos, pues son éstos normalmente los objetos susceptibles de corrupción. A efectos de la Ley 17/2011, que se remite a la definición contemplada en el art. 2 del Reglamento, se entenderá por «alimento» (o «producto alimenticio») cualquier sustancia o producto destinados a ser ingeridos por los seres humanos o con probabilidad razonable de serlo, tanto si han sido transformados entera o parcialmente como si no.

Corrupción no sólo equivale a descomposición o putrefacción sino también a adulteración, alteración o conmixción, producidas por causas naturales o por factores de índole artificial²⁶, es, por tanto, la degradación de un objeto apto en un principio para el consumo. En definitiva, *géneros corrompidos* son los que se encuentran en mal estado, contaminados, contagiados, rancios, pasados, estropeados o podridos, hasta el extremo de poner en peligro la salud del consumidor. Al respecto, el artículo 14 del Reglamento señala que «No se comercializarán los alimentos que no sean seguros», considerándose que un alimento no es seguro cuando: a) sea nocivo para la salud; b) no sea apto para el consumo humano, aclarándose que un alimento no es apto para el consumo humano cuando está contaminado por una materia extraña o de otra forma, o está putrefacto, deteriorado o descompuesto.

Reconociendo de antemano lo relativo y variable que resulta la delimitación doctrinal de las categorías de delitos de lesión, de peligro y, dentro de

²⁶ STS de 22 de mayo de 1982 (RJ 1982/2700).

éstos, de peligro concreto o abstracto y sus varias subdivisiones, esta figura delictiva contemplada en el art. 363.3 CP está considerada como un delito de peligro, discutiéndose si de peligro abstracto o concreto. La doctrina científica, aunque no sin excepciones, se decanta por considerarlo concreto²⁷, mientras que la jurisprudencia, recogiendo las distintas y no siempre coincidentes clasificaciones dogmáticas²⁸ siempre lo ha calificado de abstracto (hipotético o potencial), y en algún caso se habla de la categoría abstracto-concreto, propia de los delitos de aptitud, incluso más concretamente, como una modalidad de peligro abstracto en el que la prohibición obedece precisamente al riesgo potencial que la utilización del producto genera para la salud de las personas²⁹.

Precisamente, esa calificación de delito de peligro, bien se entienda como concreto o abstracto³⁰, ha planteado la posibilidad de admitir aquí el castigo de las formas imperfectas de ejecución, pues, desde antiguo, la jurisprudencia había afirmado que este delito (se refería al tipo contemplado en el art. 346 del CP de 1973, precedente del actual art. 363) se perfecciona y consume con la simple posesión del producto en tales condiciones con propósito y ánimo de venta a terceras personas (STS de 18 de diciembre de 1981), o que, no es preciso que (la venta) llegue a efectuarse para su consumación ni menos aún que se ocasione un daño a la salud de quien los ingiera (STS de 10 de marzo de 1992), en ambos casos se trataba de partidas de jamones en malas condiciones dispuesta para la venta. En todo caso, a mi juicio, se debe requerir la puesta en peligro de la salud de los potenciales consumidores, por lo que siempre deberá acreditarse que el producto se ha puesto a disposición de los mismos. En definitiva, no bastará con el simple acopio, sino que debe de requerirse un acto de comercia-

²⁷ FEJOO SÁNCHEZ, B., En Comentarios al Código Penal (RODRÍGUEZ MOURULLO, dir.), Madrid 1997, p. 997 ss.; GARCÍA ALBERO, R., en Comentarios a la parte especial del Derecho penal (QUINTERO OLIVARES, G. dir.), 10.ª ed., Pamplona 2016, pp. 1430, 1435, 1447; DE VICENTE REMESAL, J./GARCÍA MOSQUERA, M., Algunos aspectos esenciales del fraude alimentario, pp. 211, 213; GARCÍA ALFARAZ, A. L., Seguridad alimentaria, p. 201.

²⁸ Vid, ya en TORÍO LÓPEZ, A., Los delitos de peligro hipotético, en ADPCP, 1981, pp. 825-848. Con posterioridad, CORCOY BIDASOLO, M., Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales, Valencia, 1999; MENDOZA BUERGO, B., Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto, Granada, 2001, pp. 9-65; FEJOO SÁNCHEZ, B., Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro, en Libro Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Pamplona, 2005, pp. 307 ss.; MAÑALICH RAFFO, J. P., Peligro concreto y peligro abstracto. Una contribución a la teoría general de la parte especial del Derecho Penal, en Revista chilena de derecho, n.º 2, 2021, pp. 79-100; SALVADORI, I., Los diferentes grados de exposición al peligro de un bien jurídico. Breves consideraciones sobre los delitos de peligro indirecto, en Un modelo integral de Derecho Penal. Libro Homenaje a la Profesora Mirentxu Corcoy, Madrid, 2022, pp. 883-892.

²⁹ SSAP Pontevedra 102/2006, de 13 de septiembre, 13/2012, de 24 enero, 231/2014, de 9 de octubre, 137/2011, de 1 de septiembre, 23/2015, de 11 de febrero, 111/2019, de 3 de junio, todas referidas a supuestos de comercialización de vieiras contaminadas.

³⁰ Hace tiempo que se llamó la atención sobre lo impropio de esta clasificación, porque «el peligro es siempre concreto», RODRÍGUEZ MOURULLO, G., Derecho Penal, parte general, Madrid, 1978, p. 279.

lización, dispensación, o cuanto menos de ofrecimiento a tales fines, por lo que habrá de entenderse producida la consumación cuando se alcance el momento de la comercialización o puesta en circulación (venta, permuta incluso donación) de los géneros, como indica la STS 770/2022, de 15 de septiembre.

Pues bien, esta importante y reciente sentencia citada, que ha sido dictada por el Pleno de la Sala Segunda, casando la Sentencia de la AP de Pontevedra 111/2019, de 3 de junio, incide especialmente en esta cuestión, fallando que debía castigarse como delito intentado (y no consumado, como se hizo en la instancia) la conducta de quienes extrajeron del mar 115 kg de vieiras (en las que se detectó la presencia de 155,7 microgramos de ácido domoico por cada gramo, cuando el límite máximo permitido para el consumo humano por la normativa no ha de exceder de 20 microgramos por cada gramo), y fueron interceptados por los Agentes del Servicio de Guardacostas cuando se encontraban descargando las vieiras y metiéndolas en el maletero del vehículo que les estaba esperando en el muelle con la finalidad de destinarlas a su comercialización o venta a terceros.

La importancia de esta STS 770/2022 viene dada, no solo porque ha sido dictada por el Pleno de la Sala, con un muy interesante Voto Particular de los Magistrados Antonio del Moral y Leopoldo Puente (que abogan por la absolución al considerar que se trata de actos preparatorios impunes), sino porque viene a unificar la doctrina de las Audiencias Provinciales sobre la cuestión³¹. A estos efectos, en el fundamento de derecho 5 se señalan una buena relación de resoluciones mostrando la diversidad de criterios allí vertidos: Así, desde la SAP A Coruña, 475/2008, de 3 de diciembre, absolutoria por entender que el mero hecho de extraer las vieiras del mar y depositarlas en una saca no resultaría sancionable penalmente por tal tipo penal, al no concurrir el requisito de haber generado algún peligro, por lo que no rebasaría el ámbito de la infracción administrativa; a la SAP A Coruña, 908/2017, de 10 de octubre, que se decantó por considerar los hechos en un supuesto análogo, como tentativa, aunque rechazó que pudiera presumirse en contra del reo que el destino era la venta, por lo que finalmente absolvió. Las que califican el delito previsto en el artículo 363, como de delito de peligro abstracto, que se consuma con el acopio de género destinado a la ulterior distribución (SAP Pontevedra, 231/2014,

³¹ Un también reciente comentario, DOLZ LAGO, M.-J., La intervención de marisco tóxico pescado furtivamente que se destina a la venta constituye un delito contra la salud pública en grado de tentativa, *Diario La Ley*, n.º 10191, de 19 de diciembre de 2022, discrepa tanto de la opinión mayoritaria como de la minoritaria de la Sala-Pleno, abogando por la doctrina anterior de la Sala que, atendiendo al carácter de delito de peligro abstracto, debió llevar a no casar la sentencia de la Audiencia Provincial que entendió el delito como consumado. No podemos estar más en desacuerdo.

de 9 de octubre); las que lo consideran igualmente, pero confirman condena por tentativa (SSAP de Pontevedra, 23/2015, de 11 de febrero; A Coruña, 611/2013, de 3 de octubre); hasta las que se decantan por considerarlo un delito de riesgo abstracto, pero admiten abiertamente formas imperfectas de ejecución (SSAP de Pontevedra, 18/2006, de 16 de febrero; A Coruña, 415/2011, de 11 de noviembre; A Coruña 280/2016, de 4 de mayo, y 471/2020, de 20 de noviembre).

El razonamiento final, que lleva al Pleno a considerar que el delito no llegó a consumarse, señala: «Ciertamente los acusados dieron comienzo a la ejecución con la obtención del género peligroso que se proponían distribuir, si bien, habida cuenta de que los mismos fueron sorprendidos en el momento en el que iniciaban su descarga al vehículo que había de proporcionar su distribución, no llegaron no ya a comercializarlo sino ni siquiera a tenerlo almacenado en condiciones de poder llegar a serlo. Todo ello descartado, porque no lo recoge así el relato de hechos probados, que la acción de extracción de vieiras fuera fruto de un previo convenio con terceros que hubieran asegurado la compra, lo que introduciría un nuevo enfoque» (FD 8).

Por su parte, el interesante voto particular, hace una serie de digresiones sobre la difusa frontera entre los actos preparatorios y el inicio de la ejecución que permite hablar de tentativa (arts. 16 y 62 CP), que se castiga en todo caso (art. 16); aquéllos, sólo cuando el Código contiene una previsión expresa (art. 17.3 CP). A su juicio, no se advierte «que la captura, el mero acopio del género corrompido, sin la realización de ninguna conducta inequívocamente destinada a su posterior comercialización consienta hablar de tentativa. No constituye un principio de ejecución de la acción típica. Se trata, de una conducta que todavía resulta inocua, equívoca; necesaria para la finalidad proyectada pero todavía meramente preparatoria». Recapitulando, consideran que «la disponibilidad del género corrompido constituye, ciertamente, presupuesto necesario, a los efectos que aquí importan, para la comisión del delito previsto en el art. 363.3 CP, en la medida en que, en principio, no es posible traficar, en términos penalmente censurables, con una sustancia de la que no se dispone. Pero la mera posesión material del género corrompido, aun con la intención de destinarlo al tráfico, cuando, como aquí, aparece desvinculada de cualquier conducta ejecutiva tendente a favorecer su consumo por terceros, ayuna de cualquier intento de comercialización o aproximación a un circuito comercial, de tráfico, no debería traspasar la frontera, máxime en el marco de un delito de peligro como el que aquí se analiza, de los meros actos preparatorios impunes. Entendemos, en consecuencia, que los acusados debieron ser absueltos, sin perjuicio de la activación de otros mecanismos sancionadores».

Antes de entrar a valorar el fallo de la Sentencia en cuestión debe ponerse de manifiesto que pocas cuestiones han resultado tan polémicas en la teoría jurídica del delito, al estudiar el *iter criminis*, como la determinación del momento en que comienzan los actos ejecutivos (la tentativa, acabada o inacabada) y terminan los preparatorios punibles (conspiración, proposición y provocación), por lo que el problema sólo podrá resolverse en referencia al tipo delictivo concreto³². A lo que debe añadirse que en nuestro Código penal se contempla también la figura de la apología en el artículo 18.1 como forma de provocación.

Precisamente, sobre esto último, debe también señalarse el preocupante y considerable aumento producido en nuestro Código penal de nuevos tipos cuyas conductas allí contempladas son, en realidad, actos preparatorios de otros delitos que, en cuanto tipos de la Parte especial, cabe denominar delitos de preparación o delitos preparatorios, con lo que estarían en posible contradicción con la vigencia del principio del hecho, y que entroncarían con un Derecho penal de la voluntad y de autor³³. El principio del hecho constituye uno de los límites fundamentales a la intervención punitiva en el marco de un Estado liberal, conforme al cual el sustrato del delito ha de ser siempre un hecho, es decir, un comportamiento concreto y exteriorizado que impide considerar como delito las actitudes puramente internas (el pensamiento no delinque) y también que pueda caracterizarse el delito como un modo de ser de la persona (a la persona se le castiga por lo que hace o deja de hacer y no por lo que es)³⁴, que implica una ulterior concreción y limitación del principio de legalidad en materia penal, en la línea de evitar la inseguridad jurídica y garantizar el máximo de libertad posible del ciudadano³⁵; de ahí que se haya dicho que las implicaciones más importantes para la configuración del Derecho Penal que este principio genérico comporta están, no sólo en la necesidad de definir con claridad cuándo se da la exteriorización que legitima a indagar en

³² MOLINA FERNÁNDEZ, F., Formas imperfectas de ejecución del delito, en Memento Práctico Penal, 2023 (Molina Fernández, F., Coord.), Madrid, 2022, pp. 350 ss.; MIR PUIG, S., Derecho Penal, Parte General, 10.ª ed., Barcelona, 2016, pp. 341 ss.; MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M., Derecho Penal, Parte General, 11.ª ed., Valencia, 2022, pp. 384 ss.

³³ Al respecto, entre otros, CUERDA ARNAU, M. L. Actos preparatorios, principio del hecho y ofensividad delictiva, en Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. 1, Madrid, 2019, pp. 106-108; ALONSO RIMO, A., Actos preparatorios y principio del hecho, en La crisis del Principio del hecho en Derecho penal (MARAVÉ, M.; POZUELO, L. Coords.), Madrid, 2020, pp. 31 ss.; PETZCHE, A., La criminalización de los actos preparatorios como desafío al principio del hecho: la perspectiva alemana, en la misma obra, pp. 1-30.

³⁴ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., Derecho Penal, PG, pp. 50-51; MIR PUIG, S. Derecho penal, PG, p. 136; PUENTE RODRÍGUEZ, L., en Memento Práctico Penal 2023 (MOLINA FERNÁNDEZ, F., Coord.), Madrid, 2022, pp. 111-114.

³⁵ LUZÓN PEÑA, D.-M., Lecciones de Derecho penal, Parte general, 3.ª ed., Valencia, 2016, 2/12, p.21.

la esfera interna del ciudadano, sino que el principio del hecho demanda que sea el comportamiento que se describa como delito lo que efectivamente constituya el injusto penal, y no sólo una muestra de un determinado carácter o forma de ser³⁶. De todas formas, «para un derecho penal basado en el riesgo, casi todo está en una zona desconocida, el futuro. Un derecho penal del riesgo es un Derecho penal que se ha desprendido del hecho»³⁷.

Para finalizar, respecto a la valoración que me merece la reseñada STS 770/2022, a mi juicio, en primer lugar, la cuestión está en determinar si las conductas de extracción y acopio tienen perfecto encaje en las conductas descritas y si el mariscador furtivo puede ser considerado «productor» al extraer las vieiras del mar. En cuanto a lo primero, la conducta consistente en la extracción y acopio de diferentes moluscos, a la que se refieren la gran mayoría de sentencias, podría tener perfecto encaje en las conductas referidas, y así lo señalan, por ejemplo, las SSAP A Coruña 415/2011, de 11 de noviembre, y 611/2013, de 3 de octubre, si bien, tras la reforma operada en el CP por la LO 1/2015, se ha entendido que ahora existe una tipificación expresa del marisqueo furtivo en el artículo 335 del CP³⁸. En cuanto a lo segundo, no parece que quepa duda, y así lo corroboran las SSAP A Coruña 415/2011, de 11 de noviembre; 611/2013, de 3 de octubre, y 484/2017, de 10 de octubre; AP Pontevedra 307/2014, de 18 de diciembre, y 105/2020, de 29 de julio, por ejemplo.

Y, en segundo lugar, y más importante, si, como yo entiendo, estamos ante un delito abstracto-concreto, cabe convenir que la conducta contemplada en la Sentencia en cuestión debe ser sancionada en grado de tentativa o si debe entenderse, como se hace en el voto particular, estamos ante un acto preparatorio que, por decisión legislativa, no puede ser castigado penalmente³⁹, sin perjuicio de que, al ser un tipo penal parcialmente en blanco, deba ser castigado, en su caso, por la correspondiente normativa administrativa. Mi conclusión es que así debió hacerse, si bien entiendo la cautela del Tribunal al no atreverse a dar este paso, dada la propia doctrina anterior de la Sala.

³⁶ Por ello, debe determinarse cuáles son las características de la tentativa de cometer un delito que, aunque éste no se logre, significa ya un comportamiento concluyente que autoriza a considerarlo un «hecho» punible («comienzo de ejecución»). Con más razón aún debe ser excepcional el castigo de aquellos actos preparatorios que se ubican en el desarrollo del delito antes del comienzo de realización del delito en sentido estricto, esto es, de la tentativa. CANCIO MELIÁ, M., en Manual de Introducción al Derecho Penal (LASCURAIN SÁNCHEZ, Coord.), Madrid, 2019, pp. 71-72.

³⁷ RUSCONI, M., ¿Crisis de los principios de hecho y del acto en el Derecho penal?, en Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, vol. 1, p. 314.

³⁸ GARCÍA MOSQUERA, M., Relevancia penal del furtivismo marino: el delito de marisqueo ilegal, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 21-18 (2019), pp. 31 ss.

³⁹ Sobre esta cuestión ya llamó la atención RODRÍGUEZ MOURULLO, G. La punición de los actos preparatorios, en ADPCP, 21/2, 1968, pp. 277-302.

CAPÍTULO LXIII

ENALTECIMIENTO Y JUSTIFICACIÓN DEL TERRORISMO
Y DESCRÉDITO, MENOSPRECIO O HUMILLACIÓN
DE LAS VÍCTIMAS. BREVES APUNTES PARA LA DEROGACIÓN
DEL ARTÍCULO 578 CP *

MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO
Catedrático de Derecho Penal. Universidad de León **

I. DEDICATORIA

Que mi hermano (mayor) académico, el Prof. Dr. Dr. h. c. Javier de Vicente Remesal, mi queridísimo Javier, alcance la edad de jubilación me causa, sinceramente, sobre todo perplejidad. Este hecho, en una persona tan cercana y querida para mí, me pone más que nunca (ya son varios los casos de colegas y amigos cercanos) ante la evidencia del paso del tiempo, muchos años, pero como en un soplo. Naturalmente, no soy nada original, es un lugar común al menos entre quienes hemos pasado de los sesenta años. Desde que me incorporé a la Universidad de León en el último trimestre del año 1982, donde Javier llevaba ya otro año (yo lo conocí también unos meses antes, cuando, yo en quinto de Licenciatura en la Universidad Autónoma de Madrid, visité la que

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación PID2019-108567RB-C21 (AEI), del que soy Investigador Principal, junto con la Prof. Dra. María A. Trapero Barreales, y en otro nacional pendiente de valoración, así como en las tareas de investigación de la UIC 166 de Castilla y León y en las del Grupo de Investigación DPULE, ambos dirigidos por mí. Dado el espacio disponible, las referencias bibliográficas son mínimas y ejemplificativas y dejan fuera trabajos relevantes en la materia.

** Dr. h. c. mult. Patrono de la FICP. Director de la revista Libertas (www.ficp.es).

sería mi Universidad y mi entonces pequeñísima escuela), unidos por el magisterio común de Diego Luzón, han pasado más de cuarenta años y muchas, muchas cosas. Javier siempre ha estado ahí y a veces uno se ve conociéndolo, yo con veintidós años (él poco más, pero muy joven también), como si fuera ayer mismo y como si no hubiéramos salido de aquel primer despacho compartido y de aquel barrio de León, igualmente compartido. Y, más allá de la perplejidad, queda la sensación de la fortuna de haberlo tenido al lado (al principio, literal y físicamente, después, en el lado de la amistad y la seguridad de poder contar siempre con alguien, sin importar la distancia, solo geográfica).

Son tantas las emociones que me provoca escribir unas líneas de dedicatoria a Javier, que me resulta especialmente difícil hacerlo. Por ello, empezaré repitiendo lo que dije en el acto en que hace poco tiempo se me otorgó, naturalmente a instancias de Javier con su constante generosidad, la alta distinción de nombrarme Profesor Honorario de la Universidad de Vigo: «Mis vivencias y, más aún, mis sentimientos hacia Javier no caben en el espacio de que dispongo. Años codo a codo compartiendo despacho en nuestras primeras etapas en León (preparando tesis, él siempre por delante de mí), en Múnich. Años disfrutando de sus logros y sintiéndome acompañado por él en los míos. Años de creciente confianza, respeto y cariño, pese a la separación solo espacial. Años de saber que también en las duras está ahí mi hermano mayor académico, mi gran amigo. Años de aprender de lo que escribe y lo que enseña. Años de discutir cuestiones penales. Años de disfrutar de momentos de ocio y diversión, algunos juntos fuera de España, en gozosas coincidencias en congresos y similares. Años de vernos envejecer con nuestras familias, conociendo los avatares, buenos y malos, y sintiéndolos en parte como propios. Años de saber que Javier siempre está ahí. Años de tener en él siempre un modelo de bonhomía y generosidad. Ser tan buena persona como Javier está al alcance de pocos. Y eso es lo mejor que se puede decir de un ser humano. De modo que, Javier, ¡muchas gracias por todo! ¡Te quiero de verdad!».

Por la alta minuciosidad y profundidad de los trabajos de Javier de Vicente como sobresaliente penalista y por el lazo indisoluble de respeto, admiración y amistad que nos une, lo que más abajo ofrezco a Javier como homenaje es muy poca cosa, en comparación con lo que merece. Pero las limitaciones espaciales que nos hemos impuesto los impulsores de este libro (y alguna otra razón que no viene al caso) no permiten mucho más que unos breves apuntes. Sin embargo, esto es solo una muestra de cariño, porque a Javier le quiero dedicar todo lo bueno que pueda haber en mi obra, a la que él ha acompañado siempre. Y le ofrezco todo lo que de mí pueda necesitar en el futuro, que será solo una pequeña retribución de lo que él nos ha dado a mí y a los míos.

Seguro que Javier no va a abandonar su labor académica (en la que le apoyarán además sus magníficos discípulos, continuadores de su obra y garantes del mantenimiento de su extraordinaria manera de hacer) y seguro que va a seguir dándonos lo mejor de ella, pero, aún más, lo mejor de su persona, que es inconmensurable. Ojalá, queridísimo Javier, sea por mucho tiempo. ¡Que seas muy, muy feliz!

II. INTRODUCCIÓN Y UN POCO DE HISTORIA. MI POSICIÓN

Ya en 1995¹, antes de la entrada en vigor del CP aprobado ese año, me pronunciaba sobre la apología de, entre otros (y una vez derogada en 1989 una falta), los delitos de terrorismo, conforme a la tipificación dada por el antiguo artículo 216 bis.a) CP 1944/73, así como sobre el más general art. 268. Ponía de relieve la dificultad de una interpretación restrictiva de esos tipos, si bien la intentaba en la medida de lo posible, excluyendo de los tipos la mera aprobación, simpatía o alegría no ocultada hacia esos delitos o sus responsables, exigiendo la nota de publicidad y no considerando delictiva la apología realizada en privado (y limitándola, naturalmente, estrictamente a los delitos referidos por los artículos citados). Y sostenía, con tinte crítico, ya que no creía que debiera entenderse como una especie de participación posterior al hecho ni como una provocación indirecta, dado el tenor legal y la excesiva anticipación punitiva que supondría, sino como un delito autónomo protector de intereses difusos del orden público, «intereses que algunos relacionan con la represión de las formas de disidencia política o social profunda manifestada en expresiones verbales o escritas, pero no en hechos auténticamente lesivos para la convivencia, lo que podría atentar incluso al derecho constitucional a la libertad de expresión del pensamiento (sobre lo cual el TC no se ha manifestado), o, al menos, no fundamenta suficientemente la tipificación penal de estas conductas (que además podrían no resultar más graves que la apología de otros delitos no tipificada)». Propugnaba, pues, una interpretación restrictiva (por lo dudoso del delito y su constitucionalidad) a favor de entender que debía recaer sobre un delito concreto realmente cometido (consumado o no) y no abstracto. En definitiva, una interpretación resignada y obligada por la ley dentro de una visión muy crítica.

¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Apología del delito, en Montoya Melgar (Dir.), Enciclopedia Jurídica Básica I, 1995, 506 ss.

Ya antes (aunque la publicación vio la luz ese año) de 2002², derogados los preceptos anteriores y en vigor el CP 1995, entendí que el nuevo artículo 18 CP daba por superada la discusión, al establecer, como sabemos, que la apología punible ha de constituir provocación y suponer una incitación directa a cometer un delito. Aunque realizaba algunas críticas al precepto, entendía que era un compromiso: «El resultado plasmado en el CP es, en mi opinión, debido a un intento (fallido) de conciliar dos tendencias políticocriminales anatómicas. Por un lado, y en relación básicamente con el terrorismo, existen grupos políticos y en la opinión pública que propugnan el castigo de la apología, entendida ésta naturalmente en un sentido más amplio que la incitación directa a cometer un delito determinado (en un sentido próximo al recogido por el Diccionario de la Lengua, al sentido vulgar del término), de manera que pudieran resultar punibles muchas de las declaraciones de apoyo a organizaciones terroristas de grupos políticos próximos a la ideología de éstas...» y, en la versión que mandé originariamente a publicación, daba cuenta de que, en conexión con algún instrumento internacional, «el Gobierno español del Partido Popular ..., ante lo que entendía ineficacia de la regulación de la apología en el CP, se propusiera la reforma de éste para tipificar un (más amplio) delito de apología del terrorismo (en definitiva y en buena medida, una vuelta al pasado), propósito del que ha desistido (por el momento) posteriormente». Sin embargo, en el largo proceso de publicación de la obra en que se enmarcaba mi trabajo, en la corrección de pruebas tuve que rectificar: «Sin embargo, a iniciativa del Gobierno del Partido Popular, pero con el apoyo de otros Grupos parlamentarios, cuando estaba a punto de ver la luz la presente obra (lo que explica que sea imposible un análisis en detalle de la nueva regulación), se ha aprobado y ha entrado en vigor la LO 7/2000, de 22 de diciembre, que contiene importantes modificaciones del CP y de la LO 5/2000, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. Por lo que aquí interesa, esta Ley cambia el contenido del artículo 578 CP (su anterior regulación pasa al núm. 1 del art. 579) para incluir la siguiente figura de delito» (y transcribía la primera versión, más limitada que la actual, del de enaltecimiento del terrorismo y conductas afines).

Sin embargo, mantuve que, «Desde una posición opuesta, que en mi opinión, resulta más acertada, se previene contra el castigo de la apología del terrorismo definida de manera amplia, pues la misma puede llevar a excesos de punición, al no ser en absoluto sencillo discernir hasta dónde se está creando un verdadero elemento de lucha contra el terrorismo y desde dónde se está li-

² DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Apología del delio, en Luzón Peña (Dir.), Enciclopedia Penal Básica, 2002, 77 ss.

mitando el derecho a expresar libremente el pensamiento o la ideología, por discrepantes que éstos sean de la opinión dominante o incluso del sistema político constitucionalmente consagrado. El peligro de excesos es tan grande que estimo que no se debe correr, ni siquiera en aras de una más eficaz prevención del terrorismo (mayor eficacia que, por otro lado, no está ni mucho menos constatada); los principios constitucionales y los principios que limitan el *ius puniendi* deben mantenerse, aun a costa de cierta pérdida de eficacia, también en delitos que provocan tanta alarma como los relacionados con el terrorismo» y añadía que otros tipos podrían castigar ya entonces las manifestaciones más graves relacionadas con conductas apologéticas.

Sigo manteniendo esa opinión.

Mi posición era, por tanto, muy crítica, por mucho que el contexto terrorista (todavía ETA) pudiera explicar la preocupación por el fenómeno, y que la Exposición de Motivos o Preámbulo (no tiene título) de la LO 7/2000, fruto del Pacto por la Justicia entre los dos partidos mayoritarios españoles, intentara justificar los nuevos tipos sin demostración alguna de lo que decía y de manera que considero absolutamente insuficiente³.

En definitiva, desde siempre he sido contrario al castigo (¡salvo cuando encajen en otros tipos o figuras!) de esas conductas de apología distinta a la provocación directa del terrorismo o, si se prefiere, de esas conductas afines a la apología.

La idea de vuelta al pasado y de retroceso y la crítica a la nueva regulación fue común en la doctrina⁴.

³ Fundamentaba la nueva regulación en que se penalizan acciones que «constituyen no sólo un refuerzo y apoyo a actuaciones criminales muy graves y la sostenibilidad y perdurabilidad de las mismas, sino también otra manifestación muy notoria de cómo por vías diversas generará el terror colectivo para hacer avanzar los fines terrorista» y expresaba (sin señalar realmente por qué) que «no se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional, ni, menos aún, de prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad. Por el contrario, se trata de algo tan sencillo como perseguir la exaltación de los métodos terroristas, radicalmente ilegítimos desde cualquier perspectiva constitucional, o de los autores de estos delitos, así como las conductas especialmente perversas de quienes calumnian o humillan a las víctimas al tiempo que incrementan el horror de sus familiares. Actos todos ellos que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal».

⁴ Por muchos y con ulteriores referencias ya sobre el Proyecto de LO que acabó en la reforma (entre otras a las críticas que la doctrina había expresado ya antes al artículo 170.2 CP, introducido por LO 2/1998, 15-06), DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Notas sobre la propuesta de tipificación de la apología del terrorismo, en *Eguzkilore* 15 (2001), 184 ss., 194 ss.; o LAMARCA PÉREZ, Análisis del proyecto de reforma en materia de terrorismo, en Zúñiga Rodríguez/Menéndez Rodríguez/De Diego Díaz-Santos (Coords.), *Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías*, 2001, 104; ya aprobada la LO, entre otros muchos en la época y a modo de ejemplo: FEJOO SÁNCHEZ, Sobre el contenido y la evolución del Derecho penal español, tras la LO 5/2000 y la LO 7/2000, en *RJUAM* 4 (2001), 49 ss. (en especial 51 ss.); o CANCIO MELIÁ, «Derecho penal» del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo e el Código penal español después de la LO 7/2000, en

Y, para colmo, el artículo 579.1 CP castigaba los actos preparatorios de conspiración, proposición y provocación (¡que incluirá la apología del art. 18 CP!) de los delitos de los artículos 571 a 578, es decir, abarcando el que nos ocupa, lo cual supone un alejamiento de la afectación de cualquier supuesto bien jurídico (si lo hay) tal que resulta imposible de conciliar con principios como el de lesividad y el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal⁵. Ese precepto incluso se amplió por LO 5/2010, 22-07. Antes de la reforma de 2000, el artículo 578 CP castigaba provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 571 a 577, comprendiendo por tanto aquellas apologías a delitos de terrorismo que reunieran las características provocadoras recogidas en el artículo 18 CP, que conocemos. La ampliación fue, por lo tanto, enorme en 2000, al incluir los actos preparatorios citados de las nuevas conductas del artículo 278 CP.

III. SIGUE LA HISTORIA. EL HOY

No contento el legislador con la reforma del año 2000, la LO 2/2015, 30-03 (en vigor desde el 1 de julio de ese año) amplió, en el marco, recuérdese, del Pacto Antiterrorista⁶ (es decir, con amplio consenso), el artículo 578 CP⁷. La

JpD 44 (2002), 26. No obstante, hubo algunas voces favorables a la reforma: v. las que muy recientemente cita CORRECHER MIRA, El delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas. De la imprenta a las redes sociales, 2023, 49 n. 52.

⁵ Sobre estos y otros principios limitadores del *ius puniendi*, por todos LUZÓN PEÑA, Lecciones de Derecho Penal. Parte General, 3.ª ed., 2016, Cap. 2/5 ss. (sobre los citados, nm.13 ss.).

⁶ El llamado «Acuerdo para afianzar la unidad en defensa de las libertades y en la lucha contra el terrorismo».

⁷ Que pasó a rezar: «1. El enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, se castigará con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a dieciocho meses. El juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que él mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57.º/2. Las penas previstas en el apartado anterior se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información./3. Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor a la sociedad o parte de ella se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado./4. El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos o cualquier otro soporte por medio del que se hubiera cometido el delito. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación se acordará la retirada de los contenidos./Si los hechos se hubieran cometido a través de servicios o contenidos accesibles a través de internet o de servicios de comunicaciones electrónicas, el juez o tribunal podrá ordenar la retirada de los contenidos o servicios ilícitos. Subsidiariamente, podrá ordenar a los prestadores de servicios de alojamiento que retiren los contenidos ilícitos, a los motores de

misma LO modifica además el artículo 579 CP⁸, parece que para ampliar su alcance⁹. El contexto ya no es el del terrorismo de ETA, claro está, sino, en principio, el de la lucha contra el terrorismo islamista, pero una observación de los casos que llegan a los tribunales hace ver que a menudo son actos relacionados con la actividad de ETA y, sobre todo y más recientemente, conductas de tuiteros, cantantes o similares.

No hace falta insistir en la crítica, corregida y aumentada por tanto, pues, entre otras cosas, se suprime el requisito anterior del empleo en el tipo básico de «cualquier medio de expresión pública o difusión», lo que hace más que sospechar (más aún a la vista del nuevo n.º 2) que el nuevo tenor de «públicos» amplía las conductas incluidas en ese tipo básico¹⁰, introduciendo además las agravaciones, una tan indeterminada como la del número 3 (idoneidad para alterar gravemente, etc.), y otras previsiones ampliatorias, resultando inexplicado (por el propio legislador) e inexplicable también el aumento del límite máximo de la pena de prisión del tipo básico (de dos a tres años), añadiendo una pena de multa. Nada de ello se puede desarrollar aquí¹¹. De hecho, en lo

búsqueda que supriman los enlaces que apunten a ellos y a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas que impidan el acceso a los contenidos o servicios ilícitos siempre que concurra alguno de los siguientes supuestos:/a) Cuando la medida resulte proporcionada a la gravedad de los hechos y a la relevancia de la información y necesaria para evitar su difusión./b) Cuando se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a los que se refieren los apartados anteriores./5. Las medidas previstas en el apartado anterior podrán también ser acordadas por el juez instructor con carácter cautelar durante la instrucción de la causa.»

⁸ Que pasa a disponer: «1. Será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a la prevista para el delito de que se trate el que, por cualquier medio, difunda públicamente mensajes o consignas que tengan como finalidad o que, por su contenido, sean idóneos para incitar a otros a la comisión de alguno de los delitos de este Capítulo./2. La misma pena se impondrá al que, públicamente o ante una concurrencia de personas, incite a otros a la comisión de alguno de los delitos de este Capítulo, así como a quien solicite a otra persona que los cometa./3. Los demás actos de provocación, conspiración y proposición para cometer alguno de los delitos regulados en este Capítulo se castigarán también con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponda respectivamente a los hechos previstos en este Capítulo./4. En los casos previstos en este precepto, los jueces o tribunales podrán adoptar las medidas establecidas en los apartados 4 y 5 del artículo anterior».

⁹ No entraré aquí a discutir, si, pese a su tenor literal, algunas disposiciones del art. 579, como parecería lógico, no son aplicables a delitos del art. 578 CP (tras la reforma de 2015 ello no está nada claro). Al respecto, v., por muchos, BARBER BURUSCO, Del delito de «difusión» o «propaganda» terrorista a la desmesurada expansión de la punición de actos preparatorios, en CPC 116 (2015), 33 ss., especialmente 43, 45, 48 ss., 56 ss., 71 ss.

¹⁰ Así, por ejemplo y entre otros, CUERDA ARNAU, en: González Cussac (Coord.), Derecho Penal. PE, 8.ª ed., 2023, 921.

¹¹ La crítica doctrinal al resultado de la reforma es muy amplia también. A modo, de nuevo, de meros ejemplos de la época o poco después (pues son innumerables los críticos posteriores de todas las reformas también), CANO PAÑOS, La reforma de los delitos de terrorismo, en Morillas Cueva (Dir.), Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015), 2015, 939 ss. (en conclusión, una crítica a toda la reforma de los delitos de terrorismo por LO 2/2015: 949 ss., y en general, 905 ss., *passim*); o MIRA BENAVENT, El delito de enaltecimiento del terrorismo, el de humillación a las víctimas del terrorismo y la competencia de la Audiencia Nacional: ni delito, ni terrorismo, ni competencia de la Audiencia

que sigue, selecciono solo algunos puntos relativos a los delitos de enaltecimiento y humillación (que, en realidad, deberían tratarse separadamente, por lo que aquí se pierden matices) para exponer muy brevemente mi opinión¹².

IV. LOS BIENES JURÍDICOS ¿PROTEGIDOS?

Se suele distinguir entre la modalidad del delito de humillación, menosprecio y descrédito a las víctimas, en que existe bastante jurisprudencia y doctrina que ve como bien jurídico protegido el honor y la dignidad de las víctimas, y la de enaltecimiento o exaltación. No obstante, cabe decir que el honor y la dignidad de las personas ya está protegido por otros tipos (delitos contra el honor¹³, contra la integridad moral o, aunque seguramente se proteja otra cosa, alguno de los cuestionables delitos del artículo 510 CP). Por tanto, ni siquiera identificando un posible bien jurídico es justificable el mantenimiento de su tipificación expresa y especial, que se ha tildado incluso de contraria al principio de igualdad frente a otras víctimas. Dada la redacción típica, también resulta difícil entender que fuera la seguridad de las víctimas lo protegido (la alusión, más general, a la inseguridad de la sociedad o parte de ella en la agravación de cualquiera de las modalidades típicas en el artículo 578.3 no aclara la cuestión), además de que, en el caso de que las conductas humillantes, de menosprecio y de descrédito resultaran amenazantes, entrarían en juego, en su caso, los tipos correspondientes de amenazas o próximos (o alguno de acoso)¹⁴. Tampoco cabe descartar que, en definitiva, el tipo esté pensando en conductas que, de algún modo, alienten otros delitos terroristas, lo que podría explicar su

Nacional, en: Alonso Rimo/Cuerda Arnau/Fernández Hernández (Dirs.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, 2018, 299 ss.; en ese mismo volumen, hay muchos trabajos de interés sobre el tema, además del seleccionado por su objeto directo (la restricción de cita que me he impuesto hace que no los mencione individualmente aquí –algún otro sí–, pero son altamente recomendables).

¹² Además de dejar de lado problemas importantes de los tipos que nos ocupan, recuerdo la mínima cita doctrinal que realizo en este trabajo. Para ampliar ambas cosas, puedo remitir a las que creo las dos últimas monografías sobre el tema: LEÓN ALAPONT, *Los delitos de enaltecimiento del terrorismo y de humillación a las víctimas*, 2022; y la (recentísima) ya citada de CORRECHER MIRA, *El delito de enaltecimiento*, 2023.

¹³ CANCIO MELIÁ, *Discurso terrorista, discurso de odio y el delito de enaltecimiento/humillación* (art. 578 del Código Penal): ¿riesgo o imposición de una determinada visión del pasado?, en: Landa Gorostiza/Garro Carrera (Dirs.)/Andereu Belategi/Gordón Benito (Coords.), *La libertad de expresión en tiempos convulsos*, 2023, 232 n. 68, sugiere, «si se estimara necesario», una agravación del tipo de injurias, suprimiendo el que nos ocupa.

¹⁴ Un solo ejemplo que lo resume en un párrafo: LAMARCA PÉREZ, en: Lamarca Pérez (Coord.), *Delitos– La parte especial del derecho penal*, 7.ª ed., 2022, 1073.

regulación junto a las de enaltecimiento. Pero, incluso para estos, como paso a ver, la explicación es insuficiente.

En el delito de enaltecimiento o exaltación, el bien jurídico dista de ser claro. Ya hemos visto lo que decía la Exposición de Motivos o Preámbulo de la LO 7/2000, y, como veremos, hay jurisprudencia del TS y de la AN que lo entienden como un refuerzo del terrorismo (y, por tanto, se protegería lo mismo que en los delitos de terrorismo, lo que tampoco es del todo claro), en la línea del discurso del odio, creación de clima, generación de inseguridad, etc., que haría que estas conductas excedieran de lo amparado por la libertad de expresión¹⁵. Pero, como diré más adelante, en otros lugares ya me he pronunciado sobre lo insuficiente de acudir al discurso del odio o a la creación de clima para justificar la creación de tipos muy discutibles desde el punto de vista de los principios limitadores del *ius puniendi*. Otros autores, críticos con los tipos, intentan reconducirlos, para restringirlos, a actos preparatorios¹⁶ o conductas de participación, sobre todo moral, en los delitos de terrorismo¹⁷, por lo que los bienes jurídicos protegidos serían los de estos. Pero esto, reconociendo el valor de las interpretaciones restrictivas, deja sin explicar por qué no sería suficiente la punición de actos preparatorios más definidos y directos (la apología-provocación del art. 18 CP) o las formas de participación en los delitos de terrorismo.

Ninguno de los bienes jurídicos alegados (tampoco la paz pública –la alusión a ella en la agravación del n.º 3 del precepto no aclara gran cosa– o el orden público, en los que no me detendré) es suficiente para justificar la existencia del delito, por lo que podría parecer que asiste la razón a quienes lo consideran algo así como la vuelta a la apología del terrorismo anterior al CP 1995, a la que ya me he referido. Y ello explica que, en línea con una de las interpretaciones, la más plausible conforme al texto legal, de las normas de entonces, la STS 224/2010, 03-06, entre otras, entendiera que nos hallamos ante un delito específico diferente de la apología del artículo 18, lo cual parece

¹⁵ Recientemente, LUZÓN PEÑA, *Iter criminis* y actos preparatorios pluripersonales e individuales, en (entre otros) *Libertas* 12 (2023), 83 s., 86 s., 89 ss., entre otras pp., justifica la punición de estos delitos (y su respeto a los límites de la libertad de expresión) en el apoyo (siquiera moral) o incitación indirecta al terrorismo –delitos muy graves– (sumados a ofensas a sentimientos legítimos, dignidad, etc.) que suponen, aunque no se trate de provocación directa ni encajen en la apología del art. 18 CP, si bien alerta de que debe hacerse una escrupulosa aplicación judicial, que atienda a las circunstancias, en estos y otros delitos similares.

¹⁶ Especialmente ALONSO RIMO, El tipo subjetivo de los actos preparatorios del delito: un estudio de las figuras preparatorias de la Parte General y Especial del Derecho penal, 2023, pp. cits. *infra* en n. 18.

¹⁷ Destacadamente LEÓN ALAPONT, Los delitos de enaltecimiento, 2022, 175, 184 (en conclusión), si bien este autor parece entender que su propuesta no coincide exactamente con una forma de participación.

por lo demás evidente, por mucho que resultaría provechoso, si fuera posible, relacionarlo restrictivamente con ella, pues parece difícil conciliar con el texto del art. 578 la exigencia de cualquier provocación directa (y tampoco indirecta)¹⁸.

Lo que realmente se esté protegiendo en esas formas amplias de apolo-gía, descartados otros bienes jurídicos, no es claro. Pero, aunque no es posible profundizar aquí en ello, creo, con otros autores¹⁹, que es en buena medida el conjunto de sentimientos de rechazo y repulsa, hasta de dolor, que producen, no solo en las víctimas o sus familiares, sino incluso en una parte mayoritaria de la sociedad las acciones terroristas (en especial las más graves) o incluso el sentimiento de solidaridad con las víctimas, sentimientos colectivos que se verían afrentados por las acciones de enaltecimiento y humillación. Esos sentimientos, reales, son absolutamente legítimos y pueden compartirse, pero, como he explicado con mayor detenimiento en otros lugares y con otros auto-res, los sentimientos (recuérdese que he excluido la seguridad –o su contrario, la inseguridad–, que creo que trasciende además al sentimiento) no deben ser considerados bienes jurídicos ni recibir la protección del Derecho penal²⁰.

¹⁸ Cuestión distinta es la de la conveniencia de considerarlo un delito autónomo o un acto preparatorio de los de terrorismo, desde luego vago y genérico; al respecto, por muchos, recientemente, ALONSO RIMO, *El tipo subjetivo*, 2023, 31 ss., 73 s., 131 s., 137, 165, 194 n. 350, 197, 237 s., 241, 249 ss., 260 ss. (él opta, pese a desaprobador el delito, por considerarlo preparatorio, extrayendo consecuencias de ello).

¹⁹ Aunque no es el único, citaré aquí solo, pues dedica su trabajo expresamente a señalar críticamente que lo que se protege en los tipos que nos ocupan son sentimientos, a CARBONELL MATEU, *Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: el enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas «más allá de la provocación y la injuria»*, en: Alonso Rimo/Cuerda Arnau/Fernández Hernández (Dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, 2018, 331 ss., 344, 346 (está publicado también en otro lugar). En el sentido de los sentimientos, aunque, claro, no de forma crítica, apuntan expresiones del Preámbulo o Exposición de Motivos de la LO 7/2000 (baste «Actos todos ellos que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal») o incluso su mención, en relación solo con el delito de humillación, por un autor crítico con el delito de enaltecimiento, como MUÑOZ CONDE, DP, PE, 25.ª ed., 2023, 916 ss. Algunos autores, según creo en la misma línea de ausencia de bien jurídico y protección de sentimientos, utilizan otras expresiones o van aún más lejos: así, p. ej., MIRÓ LLINARES, *Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión*, En: Miró Llinares (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, 2017, 38 ss., lo califica de «ofensa a la moral colectiva» (sin «daño» o riesgo); HAVA GARCÍA/PASTRANA SÁNCHEZ, en: Acale Sánchez (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal III*. DP, PE II, 3.ª ed., 2023, 465, consideran que se llega al «castigo de meras consideraciones morales y a la imposición forzosa de las ideas hegemónicas». Otro autor, como CANCIO MELIÁ, en: Landa Gorostiza/Garro Carrera (Dirs.)/Anderez Belategi/Gordón Benito (Coords.), *La libertad de expresión*, 2023, 222 ss., que está en la misma línea, habla incluso de «mera infracción de un tabú social» (223, con referencia a otro trabajo anterior suyo).

²⁰ Aunque he expuesto e ido ampliando mis reflexiones en distintos trabajos, citaré solo DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Breves reflexiones sobre los ultrajes a España*, al hilo de la STC 190/2020, de 15 de diciembre, en De Vicente Martínez/Gómez Iniesta/Martín López/Muñoz de Morales Romero/Nieto Martín (Eds.), *Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero. Un Derecho penal humanista II*, 2021, especialmente 1363 ss.

V. LA INTERPRETACIÓN (O INTERPRETACIONES) JURISPRUDENCIAL(ES) Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Haré a continuación breve referencia a la jurisprudencia española, ejemplificando al final con un caso conocido. Aunque va a haber distintas líneas y diferencias entre la jurisprudencia constitucional y (parte de) la del TS y la AN, quiero dejar ya desde un comienzo claro que los esfuerzos restrictivos, sobre todo del TC, me parecen en general loables, pero insuficientes y, además, probablemente poco fundados en la letra de la ley, que, en principio, parece reflejar un castigo más amplio que el derivado de esas restricciones (que también intenta la doctrina crítica con el precepto, mientras no desaparezca).

Quiero también señalar brevemente que en las interpretaciones restrictivas citadas (y que mencionaré enseguida) ha influido seguramente, entre otras cosas, la normativa internacional, que, aunque puede que haya ido debilitando las exigencias para la tipificación de conductas como las que nos ocupan²¹, sigue manteniendo la necesidad de que supongan un riesgo de comisión de actos terroristas. Así, por citar la que seguramente hoy más interesa, la Directiva 2017/541²² amplía disposiciones anteriores y en su artículo 5 establece: «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se tipifique como delito, cuando se cometa intencionadamente, el hecho de difundir o hacer públicos por cualquier otro medio, ya sea en línea o no, mensajes destinados a incitar a la comisión de uno de los delitos enumerados en el artículo 3, apartado 1, letras a) a i), siempre que tal conducta preconice directa o indirectamente, a través, por ejemplo, de la apología de actos terroristas, la comisión de delitos de terrorismo, generando con ello un riesgo de que se puedan cometer uno o varios de dichos delitos», explicando en su considerando inicial (10) que los delitos de provocación mencionados «comprenden, entre otros, la *apología y la justificación* del terrorismo o la *difusión de mensajes o imágenes*, ya sea en línea o no, entre ellas las relacionadas con las *víctimas del terrorismo*,

²¹ Así, brevemente y sin afán de exhaustividad, la DM 2002/475/JAI, se refería solo a la penalización de la inducción a la comisión de acciones terroristas; el Convenio para la prevención del terrorista del Consejo de Europa de 2005 (y su Protocolo Adicional) ya recogía la exigencia de que el comportamiento «*crea peligro de que se puedan cometer uno o varios delitos*»; La DM 2008/919/JAI definía en su artículo 3.1.a) la provocación a la comisión de delitos de terrorismo como «la distribución o difusión pública, por cualquier medio, de mensajes destinados a inducir a la comisión de cualesquiera de los delitos enumerados en el artículo 1.1, letras a) a h), cuando dicha conducta, independientemente de que promueva o no directamente la comisión de delitos de terrorismo, *conlleve el riesgo de comisión* de uno o algunos de dichos delitos». (siempre cursivas mías). A la Directiva 2017/541 me refiero en el texto.

²² Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra el terrorismo, de 15-03-2017. Sobre esta y su influencia en la jurisprudencia española, entre otros, ampliamente, CORRECHER MIRA, El delito de enaltecimiento, 2023, 232 ss.

con objeto de obtener apoyo para causas terroristas o de intimidar gravemente a la población. Esta conducta debe tipificarse cuando conlleve el *riesgo* de que puedan cometerse actos terroristas. En cada caso concreto, al examinar si se ha *materializado ese riesgo* se deben tener en cuenta las circunstancias específicas del caso, como el autor y el destinatario del mensaje, así como el contexto en el que se haya cometido el acto. También deben considerarse la importancia y la verosimilitud del riesgo al aplicar la disposición sobre provocación pública de acuerdo con el Derecho nacional» (cursivas mías).

En especial antes de la reforma de 2015 y respecto de conductas relacionadas con el apoyo a ETA (exhibición de símbolos, cánticos, gritos, pintadas, alabanzas a miembros en prisión, fallecidos o liberados, etc.), los especialistas llaman la atención sobre la falta de uniformidad en las decisiones de casos muy parecidos sobre todo por la Audiencia Nacional (aunque también en ocasiones por el Tribunal Supremo), sin explicación clara de por qué unas veces se condena y otras se absuelve, sin que basten las vagas referencias a las circunstancias del caso²³. Esta situación denota, por un lado, la notable imprecisión de los delitos que comentamos y, desde luego, no beneficia en nada a la seguridad jurídica.

Todavía antes de la reforma de 2015 cobra importancia la STC 112/2016, 20-06²⁴, que expresamente intenta conectarse con jurisprudencia constitucional anterior (en concreto, con la STC 235/2007, 07-11). En ella comienza una línea que incluye el delito de enaltecimiento dentro de los delitos de odio que quedan fuera de lo amparado por la libertad de expresión, aludiendo a un componente incitador y configurando el delito como lo que hemos llamado de «clima», haciendo referencia a las circunstancias que rodean el hecho y al peligro en el sentido de la normativa europea antes mencionada. Así, en la mencionada STC se dice (entre otras muchas cosas), para fundamentar que en el caso existió instigación a la violencia: «Incitar supone siempre llevar a cabo una acción que *ex ante* implique elevar el riesgo de que se produzca tal conducta violenta. Desde esta última perspectiva, acciones como las que nos ocupan crean un determinado caldo de cultivo, una atmósfera o ambiente social proclive a acciones terroristas, antesala del delito mismo, singularmente si se tienen en cuenta las circunstancias en las que cursaron los hechos: fue un acto

²³ No me extenderé aquí en una larga cita de sentencias, exponiendo los hechos que dieron lugar a ellas, pues excedería el espacio disponible y, sobre todo, porque tales exposiciones están hechas por diversos autores. Me remitiré a la que creo más reciente de CORRECHER MIRA, El delito de enaltecimiento, 2023, 99 ss.

²⁴ Todos los especialistas en los delitos que nos ocupan tratan destacadamente esta STC, por lo que omito cita alguna. Aquí solo se puede mencionar brevemente un aspecto central de esa STC, cuyo contenido es mucho más amplio.

público, previamente publicitado mediante carteles pegados en las calles, en un contexto en el que la actividad terrorista seguía siendo un importante problema social. Por consiguiente, es incuestionable que, para un espectador objetivo, la conducta del recurrente era idónea para contribuir a perpetuar una situación de violencia».

Sin embargo, como he dicho, esto resulta insuficiente y excesivamente centrado en la creación de clima, por mucho que se hable de elevación del riesgo. Me da la impresión de que ese «caldo de cultivo» o clima no alcanza, en mi opinión, siquiera el nivel del peligro abstracto y, desde luego, está muy lejos del concreto (que es difícil imaginar siquiera que pueda derivarse de las conductas descritas en el tipo)²⁵, con independencia de que estemos o no ante verdaderos delitos de odio (si es que esta terminología tiene sentido y no se ha extendido a tantos delitos que ya significa poco o nada).

Poco antes y tras la reforma de 2015, que, además de lo que atañe a nuestro tema, anticipa la punición en muchos otros supuestos relacionados con el terrorismo de forma claramente contraria a principios tan básicos como, al menos, los de lesividad, carácter de *ultima ratio* del Derecho penal o proporcionalidad²⁶, se produce en la jurisprudencia ordinaria (sobre todo de la AN, pero también del TS), tras la desaparición de ETA, una aplicación (con excepciones notables) de los preceptos que nos ocupan a hechos todavía más desvinculados del terrorismo, relacionados con menciones o alusiones a grupos o atentados terroristas o similares en tuits, canciones, raps, representaciones de títeres u otras expresiones (real o supuestamente) artísticas, de mejor o peor gusto^{27, 28}. La tendencia expansiva del castigo (con excepciones, algunas muy relevantes) resulta clara, tal vez por la ampliación y mayor dureza del texto

²⁵ V. mi opinión sobre los delitos de «clima», en relación precisamente con el del artículo 510 CP, considerado el prototípico delito de odio (pese a lo discutible de esta denominación; tradicionalmente se incluía al 510 entre los delitos de discriminación), en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La falta de respeto del principio de lesividad, ofensividad o exclusiva protección de bienes jurídicos (y principios conexos) en el CP español: algunos ejemplos y especial referencia a los «delitos de odio», en Foro FICP 2019-3, 167 ss., entre otros lugares. Ilustrativa me parece la expresión de FUENTES OSORIO, El odio como delito, en RECPCr. 19-27 (2017), 10 ss., quien habla críticamente de «peligro diluido».

²⁶ V., entre otros, FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, La reforma penal de 2015 en materia de terrorismo: el caso de los principios limitadores del *ius puniendi*, en: Cuerda Arnau/García Amado, Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana, 2016, 113 ss.

²⁷ Sobre las sentencias relativas a tuiteros, raperos, titiriteros, cantantes, etc. existen exposiciones de diversos autores. Solo a modo de ejemplo: CARBONELL MATEU, en: Alonso Rimo/Cuerda Arnau/Fernández Hernández (Dirs.), Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales, 2018, 346 ss.; o CORRECHER MIRA, El delito de enaltecimiento, 2023, 209 ss.

²⁸ Ello no quiere decir que no haya otras sentencias, como las relacionadas con el terrorismo, también el islámico, como, a título de ejemplo, las STS 196/2020, 20-05, o 673/2020, 10-12.

legal²⁹. Anticipo que, en mi opinión, en general las condenas obedecen a una interpretación literal, sin restricciones, de los tipos, que debe ser criticada seguramente, pero que se deriva precisamente de la existencia y amplísima redacción de esos tipos, lo que también anticipo, abona su derogación.

Tomaré, de modo muy resumido, como ejemplo un solo caso, el que atañe al cantante César Strawberry³⁰ por sus tuits, eso sí, anteriores a 2015, como «El fascismo sin complejos de Aguirre me hace añorar hasta los GRAPO», «A Ortega Lara habría que secuestrarle ahora», «Franco. Serrano Suñer, Arias Navarro, Fraga, Blas Piñar ... Si no les das lo que a Carrero Blanco, la longevidad se pone siempre de su lado» y otros similares, que en su periplo judicial el cantante enmarcó en el «nihilismo surrealista» que inspiraría su obra.

La falta de finalidad de incitar o humillar en el contexto en que se producen los tuits había servido para excluir del castigo en la SAN 20/2016, 18-07 (que también habla de apología y de discurso del odio como necesarios para integrar el tipo excediendo de la libertad de expresión y de la necesidad de análisis del contexto, intención, circunstancias en el caso concreto para apreciar o descartar el delito).

Recurrida en casación la SAN por el Ministerio Fiscal, la STS 4/2017, 18-01, estima el recurso y condena, alegando que el art. 578 CP solo exige dolo (si bien lo que entiende por tal la STS puede plantear algunas dudas) y no ese ánimo o intención ulterior (estimando que la conducta del cantante crea el famoso clima y es lacerante para las víctimas, además de aludir a la especial levidad que otorgan a estas conductas las «nuevas tecnologías»), lo que, desde luego, es literalmente cierto (o sea, no hay mención expresa a intención alguna), aunque conduce a indeseables consecuencias³¹. La STS contó con un muy interesante voto particular discrepante.

La STC 35/2020, 25-02, que resolvió el recurso de amparo del condenado por vulneración del derecho a la libertad de expresión, cree, resumidamen-

²⁹ Seguramente esa expansión del castigo se basa también, aunque sea implícitamente, en la idea de la protección de sentimientos, que he criticado. ¿De verdad hay algún riesgo de fomento de actos terroristas o de alteración del orden público o cosas similares en los supuestos enjuiciados?

³⁰ El caso es analizado en multitud de trabajos, entre otros los citados en las notas anteriores. Pero, por citar uno expresamente dedicado a él: CORRECHER MIRA, ¿Fin de la broma? El caso Strawberry y el canon constitucional sobre libertad de expresión aplicado al enaltecimiento del terrorismo, en Diario La Ley 9600 (04-03-2020).

³¹ En las que no me puedo detener. Las críticas a una concepción así frente a la que exige un elemento intencional son diversas, llegando, por ejemplo, la de un especialista tan cualificado como ALONSO RIMO, El tipo subjetivo, 2023, 299 ss., a afirmar que, si se sigue la interpretación de que basta el dolo, se estaría tipificando en realidad (de manera encubierta) el favorecimiento imprudente de otros delitos. Sobre la, según él la califica, confusión acerca del dolo y la específica motivación en el delito de enaltecimiento, LEÓN ALAPONT, Los delitos de enaltecimiento, 2022, 60 ss.

te, que el análisis de esto por el TS fue insuficiente y que erró el TS al conformarse con el dolo y considerar irrelevante la intencionalidad (en lo que una vez más considera delitos de odio), debiendo haber tenido en cuenta, para apreciar que se hallaba dentro de la libertad de expresión, la ponderación de si los tuits podrían ser interpretados como producto de la intencionalidad crítica en el plano político y social, es decir, tener en cuenta la intención comunicativa del autor en el contexto y circunstancias de los tuits.

Prescindiendo de si el TC se excedió en lo que significa resolver un recurso de amparo y llegó a hacer interpretaciones que no le correspondían, baste decir aquí que toda esta diferente apreciación jurisprudencial demuestra en primer lugar lo difícil de interpretar restrictivamente el tipo que nos ocupa, lo débil que es la frontera entre él y la libertad de expresión (y otros derechos fundamentales, como el de reunión y manifestación, que también entran en juego en otros supuestos³²), siempre demasiado necesitada de «ponderación» que a menudo puede depender de criterios personales o morales del juzgador. Naturalmente, en su resultado, hay que aprobar la resolución del TC (y reivindicar la libertad de expresión con su núcleo «ofensivo»³³ e insistir en la evitación del efecto desaliento), pero lo idóneo sería, bien plantear la inconstitucionalidad del precepto o, sin necesidad de ello siquiera e incluso aunque pudiera pasar el test de constitucionalidad, derogarlo sin más por no respetar principios básicos limitadores del *ius puniendi*, bastando citar aquí (sin descartar otros) el mandato de determinación o concreción derivado del principio de legalidad, el de lesividad o exclusiva protección de bienes jurídicos, el de subsidiariedad o carácter de *ultima ratio* de la intervención penal y el de proporcionalidad. La necesidad de tal derogación se deriva también de la mencionada inexistencia de un bien jurídico claro (los sentimientos no lo son) y de la inseguridad que producen las ya señaladas también diferencias en la aplicación de los tipos a situaciones iguales o similares, entre otras cosas.

Ello no impediría, naturalmente, en ningún caso el castigo de la inducción a delitos de terrorismo (u otras formas de participación en ellos) y ni siquiera la de la provocación (incluida su modalidad apologética) como acto preparatorio de ellos, si se estima suficientemente grave. En lo que se refiere a las víctimas, ciertos actos de humillación y demás podrán constituir, como se ha dicho, delitos contra el honor, contra la integridad moral, acoso, en su caso delitos (por lo demás criticables en su actual configuración) de odio o discri-

³² V., con ulteriores referencias, LEÓN ALAPONT, Los delitos de enaltecimiento, 2022, 157 ss.

³³ A él me refiero, entre otros lugares y en relación con el llamado discurso del odio en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Foro FICP 2019-3, 168 s. (en particular, 169).

minación del artículo 510 CP o, en algunos casos incluso delitos de amenazas o similares. Absolutamente criticable me parece, desde luego, la opción actual del castigo aún más anticipado del artículo 579 CP en relación con los hechos del artículo 578 CP (y otros también), que no se sostiene frente a ningún test de respeto a los principios antes señalados.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN: LOS ACTUALES TIPOS DEBEN DEROGARSE

Con mis muy incompletas reflexiones, he querido demostrar que desde siempre me produjeron muchas reticencias los delitos específicos de apología del terrorismo y afines, y siguen produciéndomelas, sin que encuentre justificación para su existencia, por lo que me pronuncio abiertamente por la derogación del artículo 578 (y la modificación del 579 CP)³⁴.

Los actuales, muy amplios, no deberían mantenerse, pues, además de compaginarse mal con derechos fundamentales, tampoco respetan principios limitadores básicos del *ius puniendi* (por cierto, también con fundamento constitucional, además de funcional). Son loables algunos intentos de restric-

³⁴ No soy el único ni mucho menos (aunque cabe señalar que en el caso del delito de humillación a las víctimas los partidarios de su derogación, aunque abundantes, son menos que los que defienden la del delito de enaltecimiento). Así, dentro de las opiniones más recientes y a título ejemplificativo (por no hacer muy extensa la cita), abogan por la derogación de los delitos de enaltecimiento y (con excepciones) humillación (en ocasiones con ulteriores referencias) MIRÓ LLINARES, en: Miró Llinares (Dir.), Cometer delitos en 140 caracteres, 2017, 60 s.; MIRA BENAVENT, en: Alonso Rimo/Cuerda Arnau/Fernández Hernández (Dir.), Terrorismo, 2018, 300 ss. (*passim*); CANCIO MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ, ¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? Música, guiñoles y redes sociales frente al artículo 578 del Código Penal, 2019, 247; en: Landa Gorostiza/Garro Carrera (Dir.)/Anderez Belategi/Gordón Benito (Coords.), La libertad de expresión, 2023, 232; GALÁN MUÑOZ, El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros, en: Galán Muñoz/Mendoza Calderón (Dir.), Globalización y lucha contra las nuevas formas de criminalidad transnacional. 2019, 214 ss. (al menos, creo, implícitamente, aunque este autor insiste en la necesidad de una interpretación restrictiva de los tipos); POMARES CINTAS/GARCÍA RIVAS, en Álvarez García (Dir.)/Ventura Püschel (Coord.), Tratado de DP español. PE VI. Delitos contra el orden público (II). Delitos de sedición, desórdenes públicos y terrorismo, 2021, 273 ss., 281 ss. (estos autores creen minoritaria la opinión favorable a la derogación del delito de humillación: 281); NÚÑEZ CASTAÑO, Libertad de expresión y Derecho penal: la criminalización de los discursos extremos, 2022, 184 (aunque *de lege lata* propugna una interpretación restrictiva); LEÓN ALAPONT, Los delitos de enaltecimiento, 2022, especialmente 171 ss., en conclusiones; ALONSO RIMO, El tipo subjetivo, 2023, 32 n. 21, 109, 155 –aquí abogando por exigencia de elemento subjetivo como restricción *de lege lata*– (con referencia a otro trabajo anterior suyo), 301; CORRECHER MIRA, El delito de enaltecimiento, 2023, 259 ss. (en amplia síntesis de motivos para la derogación); CUERDA ARNAU, en: González Cussac (Coord.), Derecho Penal. PE, 8.ª ed., 2023, 919 ss. (al menos implícitamente y entre otros trabajos); HAVA GARCÍA/PASTRANA SÁNCHEZ, en: Acale Sánchez (Coord.), Lecciones III. PE II, 3.ª, 2023, 466; MUÑOZ CONDE, DP, PE, 25.ª ed., 2023, aparentemente para el delito de enaltecimiento (al plantear su inconstitucionalidad: 916), pero no para el de humillación, aunque denuncia el uso excesivo de este delito en la jurisprudencia reciente (916 s.).

ción interpretativa en doctrina³⁵ y jurisprudencia, pero quizá estén haciendo decir a los tipos en cuestión cosas que seguramente no dicen; quiero decir que, tal y como se conforman, no es fácil su restricción. Por ello, siempre, pero más aún ahora que el principal problema terrorista de España, ETA, es pasado en sus manifestaciones más intolerables, conviene derogar esos tipos, aunque también se consideren loables algunas propuestas de modificación³⁶.

Por otra parte, el argumento a menudo aducido de la protección a las víctimas es, en primer lugar, relativo. El Derecho penal protege a las víctimas, pero no puede tipificar cualquier cosa en aras a esa supuesta protección (ni dejar en manos de las víctimas la política criminal en la materia, por mucho que, desde luego, haya que oír las). A veces es más barato (ruego se me disculpe la crudeza) justificar un supuesto apoyo y protección a las víctimas del terrorismo creando tipos penales (más que discutibles) que implementando medidas (de diversa clase) de apoyo real a ellas. Pero es que, además, creo que la utilidad para ello de los delitos que nos ocupan es más que discutible.

Un Estado de Derecho fuerte y, además, solidario con las víctimas de delitos (cuyos derechos y sentimientos son plenamente legítimos y merecen empatía, pero no siempre intervención del Derecho penal), no necesita de tipos así (ni de otros como las injurias al Rey, los más significativos delitos de odio/discriminación en su actual configuración, los de ultrajes a España, a sus Comunidades Autónomas y a sus símbolos, etc.). Así lo dicen también algunas condenas del TEDH en esas materias. Pero parece que cuesta mucho reaccionar.

Por tanto, enuncio mi conclusión con poca esperanza.

³⁵ Por citar una propuesta de interpretaciones restrictivas muy esforzada y loable, v. LEÓN ALAPONT, Los delitos de enaltecimiento, 2022, especialmente, 48 ss., 77 ss. 175, 184 (y *passim*), aunque no estoy seguro de que todas las restricciones que propone sean viables a la luz del tenor de los preceptos (algunas, sin duda, sí). Con todo, como hemos visto en la n. anterior, este autor entiende que lo mejor que puede suceder con estos delitos es que se deroguen.

³⁶ Así, especialmente, la del GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, Una propuesta alternativa de regulación de los delitos de expresión, 2019, 46 ss.

CAPÍTULO LXIV

REFLEXIONES SOBRE ALGUNAS CUESTIONES ESENCIALES DE LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES DEL ARTÍCULO 286 BIS CP *

BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid

I. EL PUNTO DE PARTIDA: LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS COMO DELITOS CONTRA LA COMPETENCIA A TRAVÉS DE LA CORRUPCIÓN

El artículo 286 bis CP relativo a la corrupción en los negocios es un precepto enormemente complejo, con interacción de multitud de elementos y con una modalidad activa y otra pasiva que obliga a una interpretación coherente de cada una de las modalidades en relación con la otra. Tal complejidad encierra el riesgo de que una inadecuada comprensión del alcance del tipo y de su esencia como injusto penal pueda dar lugar a una aplicación ajena a su ámbito propio. En este sentido cabe mencionar la SAP de Barcelona (Sección 6.^a) 751/2022 de 12 de diciembre en la segunda parte del Caso del fichaje de Neymar por el FC Barcelona donde los intereses de la acusación particular llevaron al Tribunal a una interpretación de este delito que se yuxtaponía inco-

* Este trabajo se incardina en el Proyecto de Investigación «Proyectos de Generación de Conocimiento» del programa Estatal para impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-23 (PID2022-141610OB) con el título «Hacia una regulación racional de la protección penal del orden socioeconómico en el Siglo XXI».

rrectamente con el delito de contrato simulado en perjuicio de tercero del artículo 251.3.º CP¹. Los debates que plantea esta figura delictiva no se limitan a cuestiones puntuales, sino que la falta de acuerdo alcanza ya a su definición general como injusto merecedor de pena. Se pueden encontrar en la literatura especializada posiciones que oscilan desde una visión patrimonialista como una especie de administración desleal hasta un delito puro de competencia que castigaría cualquier perturbación competencial. Un monografista de referencia como Gili Pascual hace referencia a «una tipicidad compleja y sobre todo poco taxativa, demasiado expuesta a la interpretación»². Creo que se queda corto, pero lo cierto es que estamos lejos de un consenso doctrinal sobre aspectos básicos de esta figura delictiva³. Ni siquiera existe acuerdo sobre qué tipos de deberes tiene el tipo como referencia (lealtad competitiva, buena fe o lealtad interna, etc.).

En un trabajo con una obligada extensión como el presente una mera exposición de modelos explicativos agotaría el abordaje de este delito, por lo que me centraré en mi propia opción interpretativa.

Hace tiempo que vengo propugnando una comprensión del injusto de los delitos de corrupción en los negocios, tanto en su versión de corrupción pública como privada (Sección 4.ª del Capítulo XI del Título XIII del Código Penal), como delitos contra la competencia a través de la corrupción. O, lo que es lo mismo, como delitos de corrupción cuya lesividad específica tiene que ver con la competencia como elemento o institución esencial de la economía de mercado. Esta lesividad específica me ha llevado a defender que el delito de corrupción pública en los negocios del artículo 286 ter CP no se limita a ser un delito de cohecho en el marco de actividades económicas internacionales (defendiendo un «modelo de protección de la competencia» frente a un «modelo de cohecho agravado por la finalidad»⁴), mientras que el delito de corrupción privada en los negocios ni es un tipo abierto para castigar diversas conductas poco éticas en el ámbito de los negocios⁵ ni tampoco representa lo que algunos

¹ Una crítica en este sentido en FEJOO SÁNCHEZ, La corrupción entre particulares del artículo 286 bis CP y la responsabilidad penal de las personas jurídicas, La Ley Penal 163 (Julio 2023).

² El delito de corrupción en el sector privado, Madrid, 2017, pp. 57 s.

³ BERENGUER PASCUAL, El delito de corrupción en los negocios, Madrid, 2020, p. 89.

⁴ FEJOO SÁNCHEZ, El delito de corrupción de agentes públicos en actividades económicas internacionales del artículo 286 ter CP como delito contra la competencia a través de la corrupción, Diario La Ley n.º 8987 de 25 de mayo de 2017; La corrupción pública en actividades económicas internacionales del art. 286 ter del Código Penal como delito contra el mercado. Un enfoque competencial de los delitos de corrupción en los negocios, Navarra, 2021.

⁵ FEJOO SÁNCHEZ, SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES, (Dir.), La teoría del delito en la práctica penal económica, Madrid, 2013, pp. 163 ss.

autores denominan, en una expresión que no es de mi agrado, un «modelo puro de protección de la competencia»⁶.

La hermenéutica de los tipos penales debe tener en cuenta su genética y su evolución, pero también es imprescindible una interpretación sistemática que tenga en cuenta su relación con otros tipos penales para entender adecuadamente su ámbito de aplicación.

En este caso hay que tener en cuenta que en los años noventa, a raíz del *Convenio Internacional de la OCDE de 17 de diciembre de 1997, de lucha contra la corrupción de Agentes Públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales*⁷ se produjo una «mutación genética» en nuestro ordenamiento cuyos efectos finales todavía son imprevisibles. La corrupción ya no se prohibía con el fin político-criminal de proteger el correcto funcionamiento de la Administración Pública, sino primordialmente el orden socioeconómico. Se trataba de evitar que las decisiones económicas –aunque fueran limitadas a las actividades económicas internacionales– no vinieran determinadas por ofertas o pagos corruptos en vez de por criterios económicos como la ley de la oferta y la demanda ya que una economía de mercado no puede sobrevivir a largo plazo si queda determinada por la corrupción. Siguiendo con los símiles biológicos, se produjo así una hibridación entre los tradicionales delitos de corrupción y los delitos contra el orden socioeconómico. En esta misma línea evolutiva se desarrolló posteriormente otra rama: el delito de corrupción entre particulares o en el sector privado. Era cuestión de tiempo que esta nueva línea político-criminal para proteger la economía de mercado no se limitara al ámbito público desde el momento en que la corrupción en las organizaciones ya no se castigaba exclusivamente por su lesividad para la propia organización, sino también *ad extra* desde el momento en que se prohíben pagos, ventajas o beneficios que tengan como fin conseguir u ofrecer ventajas competitivas.

Mi tesis es que los artículos 286 bis y 286 ter pertenecen a una misma familia de delitos que tienen algunos elementos en común con otros delitos previos de corrupción como el delito de cohecho⁸ con el que forman una categoría más amplia en la que la corrupción se puede entender como una dinámica delictiva o una manera de cometer delitos. Esto no significa que el artículo 286 bis

⁶ NAVARRO FRÍAS/MELERO BOSCH, *Corrupción entre particulares y tutela del mercado*, InDret 2011, pp. 16 ss.

⁷ En adelante Convenio OCDE.

⁸ Según la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio, que introdujo esta figura delictiva en el Código Penal por exigencias comunitarias, el delito está previsto para «la represión de los actos encaminados a corromper a los administradores de entidades privadas de forma similar a lo que se hace a través del delito de cohecho».

provenza del art. 286 ter o viceversa o que ambos provengan de un antepasado común que sea el delito de cohecho, sino que pertenecen a un grupo delictivo que tiene en común la protección de la competencia frente a conductas de corrupción. Se puede hacer de nuevo un símil con los tipos biológicos. Un leopardo y un gato son felinos. Eso significa que han evolucionado con características similares a partir de un antepasado común pero, en lo que interesa aquí, cada uno tiene un ámbito de desarrollo diferente. Un gato puede cazar mamíferos más pequeños como ratones, mientras el leopardo puede cazar mamíferos de un tamaño considerable como gacelas o antílopes. Esto es así porque representan líneas evolutivas que se van escindiendo con características peculiares. Esto es lo que pasa con las dos grandes modalidades de corrupción en los negocios, pero no podemos olvidar los elementos comunes que hace que pertenezcan a una misma familia. Cohecho, corrupción pública en actividades económicas internacionales y corrupción entre particulares «cazan» hechos de características o ámbitos diferentes. En lo que interesa aquí, utilizando como imagen un sistema de clasificación como el de Linneo, el delito de corrupción entre particulares es un delito de corrupción en los negocios que pertenece a una categoría más amplia que sería la de los delitos de corrupción. De esta manera comparte un conjunto de rasgos comunes con los delitos de corrupción mientras encierra enormes similitudes con el delito de corrupción pública en actividades económicas internacionales del artículo 286 ter CP. No se trata de meras variedades de una misma especie (como pueden ser las razas de perros), sino de especies diferentes, pero que exigen una interpretación sistemática que tenga en cuenta que la interpretación global y de cada uno de los elementos debe guardar coherencia entre ambas figuras delictivas. Al igual que sucede con la evolución biológica, en la evolución de nuestro Código Penal más que un tronco o eje principal hay un árbol con numerosas ramas.

Estos símiles biológicos nos proporcionan una pista de por dónde debe discurrir el estudio del artículo 286 bis CP para no desvirtuar su esencia. Al menos este es el punto de partida de las reflexiones que vienen a continuación.

No voy a negar que ambos delitos, corrupción pública y privada en los negocios, tienen una genética diferente desde el punto de vista de su introducción al Derecho español –Convenio OCDE y Decisión Marco UE 2003/568/JAI– y que ello condiciona ya la hermenéutica de ambos delitos, pero tampoco se debe olvidar que, más allá de que configuren una Sección propia definida como «Delitos de corrupción en los negocios», tienen exactamente las mismas

calificaciones en el artículo 286 quater⁹ y una regla compartida de aplicación extraterritorial en el artículo 23.4.n) LOPJ. Ya la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, resaltaba los paralelismos señalando como la nueva Sección de los delitos de corrupción en los negocios contempla «*delitos de pago de sobornos para obtener ventajas competitivas (se trate de corrupción en el sector privado o de la corrupción de un agente público extranjero)*».

Esto no será compartido por quien entienda que el artículo 286 bis no protege la competencia (o que no se protege en las dos modalidades) como el artículo 286 ter CP o por quien entienda que no es un elemento esencial del delito que el beneficio o ventaja injustificados¹⁰ sea para «comprar» o «vender» la infracción de un deber que ostenta por su cargo el autor de la modalidad pasiva («*como contraprestación*» en terminología del tipo). Pero de acuerdo con lo dicho hasta aquí, no estamos ante meras variantes del delito de cohecho, sino ante delitos que tienen una dimensión lesiva distinta por lo que deben ser entendidos como ilícitos concurrenciales. Ya me he manifestado previamente en contra de la idea de «pluriofensividad»¹¹ que creo que distorsiona la imagen de unos delitos de características muy peculiares que tienen como finalidad esencial garantizar una competencia libre y honesta, con independencia de que formen parte de una vieja línea evolutiva que tiene que ver con la corrupción como modalidad de injusto.

II. ¿DELITO CONTRA LA COMPETENCIA O CONTRA INTERESES ECONÓMICOS PARTICULARES?

Considero, como la doctrina dominante, que el bien jurídico protegido es la competencia leal y honesta (algunos hablan de competencia justa o

⁹ El delito de corrupción en los deportes tiene, a su vez, determinadas cualificaciones específicas, que demuestran que estaríamos ante un injusto que, partiendo del delito de corrupción entre particulares («*lo dispuesto en este artículo será aplicable*»), alcanza ciertas características propias. En esta contribución, por falta de espacio, no será posible analizar tales características.

¹⁰ Por beneficio o ventaja no justificados entiende la doctrina una prestación a la que no se tenga derecho o que el destinatario no está facultado a aceptar o recibir: BACIGALUPO ZAPATER, *Compliance y Derecho Penal*, Pamplona, 2011, p. 161; BERENGUER PASCUAL, *Corrupción en los negocios*, pp. 149 ss.; ENCINAR DEL POZO, *Corrupción privada*, p. 323; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, p. 420; MENDOZA BUERGO, DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO (Dir.), *Estudios sobre las reformas del Código penal*, Pamplona, 2011, p. 436. Sobre esta posición mayoritaria GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, pp. 249 s. y sobre este elemento del tipo, pp. 237 ss., con ulteriores referencias, con una posición diferente a la doctrina dominante que aquí no es compartida.

¹¹ FEIJOO SÁNCHEZ, SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES, (Dir.), *Práctica penal económica*, pp. 169 ss., con ulteriores referencias. En el mismo sentido, BERENGUER PASCUAL, *Corrupción en los negocios*, p. 113; ENCINAR DEL POZO, *Corrupción privada*, p. 272.

equitativa)¹², en la línea del Preámbulo de la LO 5/2010 que se refirió como referencia tuitiva de este delito a una «competencia justa y honesta». La jurisprudencia de las Audiencias ha partido hasta el momento de esta idea, que está teniendo gran relevancia práctica. Las sucesivas reformas del tipo penal desde que fue introducido mediante la LO 5/2010, especialmente la operada mediante la LO 1/2015, demuestran una línea tendente a reforzar la competencia como finalidad tuitiva y desvincular la regulación española de un modelo de protección de deberes.

Un sector de la doctrina ha sido crítico con la idea de que se trate de un bien jurídico colectivo o supraindividual, contraponiendo como preferente la protección de los intereses de competidores concretos y entendiendo la esencia del injusto como la creación de un riesgo para las expectativas de negocio y ganancias de éstos¹³.

Me asombra la inercia que tiene un sector de la doctrina a entender más legítimos los tipos penales cuando protegen bienes jurídicos individuales que bienes jurídicos colectivos, considerando que queda más legitimada la intervención fragmentaria y subsidiaria del Derecho Penal cuando la finalidad tuitiva del precepto se vincula a intereses personales, aunque estos queden protegidos de una forma remota o abstracta. Ya he criticado en otros trabajos la idea equivocada de la vinculación entre protección de bienes jurídicos supraindividuales y tipos de peligro abstracto o estadístico. Por ejemplo, me extraña en este caso del delito de corrupción entre particulares que se vea menos problemático imponer una pena que puede llegar a los seis años (art. 286 quater) por la posibilidad de un leve lucro cesante de un operador en el mercado que por una grave perturbación en el funcionamiento del mismo o que se entienda que en este caso sólo debe intervenir el Derecho Penal si concurre adicionalmente el primer elemento. Esto que podría ser asumido en algunos ámbitos delictivos no es tan obvio en ámbitos como la delincuencia económica que tienen como finalidad político-criminal garantizar el funcionamiento de instituciones o subsistemas específicos.

¹² Referencias en BERENGUER PASCUAL, *Corrupción en los negocios*, pp. 104 ss., 403; FEJOO SÁNCHEZ, *La Ley Penal 2023*, nota 9.

¹³ GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, pp. 69 ss., 78 ss., que entiende que se protege más bien la capacidad competitiva de los competidores del corruptor antes que una protección genérica de la competencia como institución («el art. 286 bis tutela directamente la capacidad competitiva de otros competidores del operador en el mercado desde el que opera el corrupto, y solo mediatamente la competencia en general»). De acuerdo, ESTRADA I CUADRAS, en SILVA SÁNCHEZ (DIR.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, Barcelona, 2020, p. 555. Crítico con la posición de GILI, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, p. 415.

No se trata de negar el dato fáctico de que en muchas ocasiones la perturbación del funcionamiento del mercado conllevará la frustración de expectativas de negocio o el lucro cesante de competidores concretos, pero determinar cuál es la tendencia lesiva del tipo –individual/patrimonial o colectiva– afecta a cuestiones jurídicas relativas a la imputación objetiva y subjetiva. En concreto, si el referente tuitivo son las expectativas de ganancia de los competidores no bastaría a efectos de imputación subjetiva la finalidad de favorecer, sino adicionalmente sería necesario un dolo específico de perjudicar el patrimonio del resto de competidores al estilo del dolo de perjudicar del delito de administración desleal. El error al respecto excluiría la responsabilidad *ex art. 14*.

La «personalización» o «patrimonialización» de un ilícito concurrencial da lugar a un llamativo adelantamiento de la intervención del Derecho Penal, de tal manera que se podría castigar una conducta contra la capacidad competitiva de competidores concretos antes, incluso, de que existan como posibles ofendidos o agraviados por el delito. Imaginémos que antes de que se haga público un proceso competitivo el jefe de compras y contrataciones de una empresa solicita a un posible proveedor un porcentaje de los beneficios si resulta finalmente elegido, pero sin que exista dato alguno de qué otras empresas van a concurrir. En ese caso la conducta tipificada en el 286 bis.1 CP estaría ya consumada desde el momento de la solicitud, incluso aunque se rechace. Esto significa que la conducta es típica, aunque no se haya iniciado la ejecución de una conducta lesiva para el patrimonio de otros competidores ya que en ese momento no existe objeto material del delito desde la perspectiva individual. Todavía nadie conoce que se va a abrir ese proceso competitivo, con lo cual ninguna empresa ha tomado la decisión de concurrir y no es posible afirmar que se ha afectado a unas expectativas de ganancia o negocio que ni siquiera existen. Aunque no se comparta esta idea, lo cierto es que el ejemplo demuestra que se encuentran tipificadas conductas propias de fases muy alejadas del lucro cesante o perjuicio económicamente evaluable de competidores concretos. La búsqueda de la legitimación de la criminalización en la frustración de expectativas individuales obliga a asumir, tal como está establecido el tipo, el castigo de actos preparatorios sin objeto de ataque.

He defendido previamente que el bien jurídico que protege delito de corrupción pública en actividades económicas internacionales del artículo 286 ter CP también es la competencia y no los intereses de los competidores, pero aunque aquí se abogue por una interpretación sistemática de ambos preceptos existen algunas diferencias significativas. Por ejemplo, el *Convenio OCDE* y sus Comentarios abogan por esta interpretación al exigir que el hecho sea punible, aunque el corruptor habría conseguido o mantenido el contrato al ser

objetivamente la mejor. Por otro lado, el artículo 286 bis CP tiene una referencia a «favorecer indebidamente a otro» que no se encuentra en el 286 ter.

Sin embargo, es relevante destacar que el tipo penal no exige dicho favorecimiento, que formaría parte de la fase de agotamiento o terminación del delito, al adelantar la consumación a una fase previa. Se trata de un elemento teleológico que permite determinar cuándo el beneficio o la ventaja injustificados adquieren relevancia típica: cuando se promete, ofrece o concede «*como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales*» o se recibe, solicita o acepta «*como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales*». En ninguna de las dos modalidades del artículo 286 bis hace falta que realmente se produzca el favorecimiento para la consumación del delito¹⁴, por lo que la conducta está consumada aunque no se haya hecho todavía nada idóneo para perjudicar a un competidor. Esto es así porque se trata de un delito de resultado cortado¹⁵ y verbos típicos como solicitar, prometer u ofrecer son declaraciones unilaterales de voluntad, por lo que no hace falta plurisubjetividad para la consumación. Esto demuestra que la consumación exige una perturbación competencial, pero no la creación de un riesgo para el patrimonio de personas o entidades concretas, por lo que la norma prohíbe más bien distorsionar la competencia que perjudicar a competidores concretos¹⁶. Es difícil afirmar que se protege la capacidad competitiva de empresas concretas o determinables (como en los delitos que protegen los secretos empresariales) si el tipo abarca conductas en supuestos en los que ni siquiera existen tales empresas más que de forma potencial.

¹⁴ Esta anticipación de la consumación a fase previas al favorecimiento afecta a multitud de cuestiones como la vigencia temporal y espacial del delito, el desistimiento o el inicio del plazo de prescripción que aquí no pueden ser abordadas. Incluso a que la intervención de terceros todavía se pueda entender como participación en el delito o ya suponga la comisión de otro delito como el de encubrimiento o blanqueo (por ejemplo, la responsabilidad penal de entidades financieras que no bloquean transferencias o pagos de sobornos incumpliendo sus deberes en materia de prevención de blanqueo de capitales).

¹⁵ En sentido contrario, GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, pp. 82 ss., pero creo que ello es poco compatible con el tenor literal del precepto. Coincide en que se trata de un «delito de tendencia interna trascendente», pero caracteriza el tipo como mutilado de dos actos GALÁN MUÑOZ, *Manual*, p. 223. Al menos en la modalidad activa del apartado segundo es discutible que se pueda hablar de un delito mutilado de dos actos propios ya que el sujeto no tiene la finalidad de realizar una conducta posterior, sino persigue un resultado postconsumativo que ya no depende de lo que él mismo haga.

¹⁶ La reforma del apartado primero mediante la LO 1/2019 ha dejado más clara la tendencia hacia el adelantamiento de la intervención característica de los delitos de corrupción al abarcar no sólo la aceptación del beneficio o de la ventaja, sino ya de su ofrecimiento o promesa.

La alternativa, que consistiría en tener como referencia tuitiva competidores potenciales, no es más que la personificación o reformulación de una situación efectiva y real de competencia. Los competidores potenciales como colectivo o víctima difusa se verán afectados siempre que se distorsiona tal situación. Ello supone asumir que lo relevante a efectos jurídico-penales es la perturbación concreta de la situación efectiva de competencia y no las consecuencias económicas que se puedan derivar de la misma para los eventuales competidores. Por ello el dolo no tiene que abarcar dichas consecuencias, lo que sería sumamente problemático para aquellos autores que exigen un dolo directo de primer grado.

Esta tesis se ve respaldada porque ninguna de las especificaciones de «especial gravedad» recogidas en el art. 286 quater tiene que ver con la protección del patrimonio o de intereses económicos individuales. Ni siquiera la atenuación del apartado tercero atiende al perjuicio causado a los competidores.

Es cierto que la inexistencia de una referencia concreta a la lesividad o peligrosidad para el patrimonio o intereses económicos de los competidores en el tipo o que no se trate de un delito perseguible a instancia de parte no son elementos decisivos, pero todo este contexto demuestra que la visión patrimonialista o personalista del bien jurídico protegido es algo más bien voluntarista, que depende de ciertos apriorismos que deben ser puestos en cuestión en el ámbito de los delitos económicos y que carece de una base concreta en las normas que regulan los delitos de corrupción en los negocios¹⁷.

Me parecen desde luego también desacertadas las posiciones minoritarias que pretenden vincular la lesividad del artículo 286 bis CP con los intereses económicos de la organización a la que pertenece el corrompido, sea en exclusiva o junto a la competencia. No se trata de negar que en ciertos casos puedan existir también efectos económicos perjudiciales para el principal (supuestos de *kick-back*), pero este delito no tipifica la corrupción en el interior de organizaciones privadas que no tenga efectos lesivos contra la competencia y, dándose dichos efectos lesivos, otras tendencias lesivas son irrelevantes o superfluas para este tipo penal. Estamos en el ámbito en el que el Código Penal recoge infracciones contra el mercado y las deslealtades contra el patrimonio del principal formarían parte del ámbito del delito de la administración desleal como delito patrimonial. En todo caso, es difícil explicar desde esta perspectiva por qué se habría restringido mediante la LO 1/2015 la protección patrimonial a empresas mercantiles o sociedades en el sentido del artículo 297 y ya no se

¹⁷ Creo también que los antecedentes como el Anteproyecto del Ministerio de Justicia de 2013 abogan por la defensa de un bien jurídico colectivo (con una Sección «*De los delitos contra la competencia*»).

extiende a cualquier entidad u organización. Por último, no se puede dejar de mencionar, aunque no se trate de una posición relevante en la doctrina especializada, que es enormemente peligrosa la aceptación de la protección de cualquier interés patrimonial –más allá de los competidores o el principal¹⁸– ya que ello hace perder al tipo completamente sus contornos.

III. LA INFRACCIÓN DE DEBERES *AD INTRA* COMO ELEMENTO IMPRESCINDIBLE DEL INJUSTO PENAL.

La restricción del alcance del tipo a un ámbito razonable no depende de sumar bienes jurídicos adicionales a la protección de la competencia como bien jurídico colectivo, sino de precisar cómo queda distorsionada la competencia o cuál es la vía de ataque específica a la concurrencia. Mi crítica a que el delito de corrupción entre particulares sea un delito pluriofensivo que proteja junto a la competencia deberes de lealtad o de buena fe con el principal¹⁹, no significa que el atentado contra la competencia como objeto tuitivo no exija la infracción de dichos deberes. Todo acto de corrupción implica una infracción de deberes con el principal, pero, además, considero que el tipo lo exige expresamente. La eliminación del incumplimiento de obligaciones de la versión original de 2010 no ha significado que el tipo elimine la referencia a la infracción de deberes internos a la organización y se haya convertido en lo que algunos autores denominan «modelo puro de protección de la competencia»²⁰. El error consiste en considerar que sólo es posible un modelo u otro, sin tener en cuenta que, si bien el tipo penal protege –como bien jurídico en sentido técnico– la competencia y no ciertas obligaciones mercantiles o laborales, la protección de la competencia es fragmentaria y se limita a supuestos de infracción de deberes con el principal (deberes *ad intra*). Que el bien jurídico sea la competencia no implica necesariamente que los elementos típicos contraprestación «*para favorecer indebidamente a otro*» o «*para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero*» conviertan el tipo en una ley penal en blanco de dudosa legitimidad que se remite a la legislación mercantil sobre competencia

¹⁸ En sentido contrario DE LA CUESTA ARZAMENDI, Libro Homenaje al Profesor José Luis Díez Ripollés, Valencia, 2023, p. 1313.

¹⁹ Sobre las diversas variantes de pluriofensividad en este delito BERENGUER PASCUAL, Corrupción en los negocios, pp. 100 ss.

²⁰ Ya antes de la reforma BACIGALUPO ZAPATER, Compliance, pp. 140, 229; NAVARRO FRÍAS/MELEIRO BOSCH, InDret 2011, pp. 16 ss. En este error creo que incurre BERENGUER PASCUAL, Corrupción en los negocios, pp. 169 ss., con ulteriores referencias.

desleal²¹. Esto debería ser evidente para los que asumen los delitos de corrupción en los negocios como supuestos de corrupción en organizaciones, que es lo que permite una distinción entre la vertiente activa (corruptor) y pasiva (corrompido)²². De acuerdo con el punto de partida de este trabajo, los deberes internos en el sector privado son el equivalente a los deberes de objetividad, imparcialidad y defensa de intereses públicos en el delito de corrupción pública en los negocios. Si no se asume esto las dos modalidades de corrupción en los negocios deberían ser definidas como injustos totalmente diferentes.

La modalidad pasiva del apartado primero²³ no sólo exige que el beneficio o la ventaja carezcan de justificación al margen del delito, sino que ha de ser una «*contraprestación para favorecer indebidamente a otro*», mientras en la modalidad activa ha de ser una «*contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros*». Esto significa, desde luego, que un favorecimiento debido no es típico. Esto ha sido asumido recientemente por la STS 1014/2022, de 13 de enero, con respecto a la corrupción deportiva a la que no se debe olvidar, según el apartado cuarto, se aplica lo dispuesto en los apartados previos. Esta resolución asume que las primas por ganar no son típicas. Y, entre otros argumentos, señala como «la obligación de todo deportista es salir a ganar un encuentro, luego no sería lógico que las primas por cumplir con su obligación fueran penalmente típicas. Nadie comprendería que ver jugar «bien, o muy bien» a unos jugadores en el campo, o en la cancha de tenis, pueda ser objeto de sanción penal, y ello aunque tal comportamiento sea fruto de una prima extradeportiva. Aquí no se sanciona la prima, sino el comportamiento en el campo de juego (...) se paga por una conducta, ganar, que es la que debe regir la actuación deportiva. La conducta de ganar, aun incentivada económicamente mediante la prima, es la que debe observar todo deportista; mientras que la de perder es anómala en sí misma, por fraudulenta e impropia».

Pero también la mencionada expresión típica significa que el deber al que se refiere el tipo corresponde al administrador, directivo, empleado o colaborador, que es el que recibe la contraprestación para favorecer, por lo que sólo

²¹ Sobre todo si la remisión acaba siendo tan banal como a «la cláusula general de lealtad en el mercado, en la vertiente de no conceder tratos de favor, a unos competidores frente a otros, como consecuencia del pago de «sobornos», por ser una actuación que atenta contra el principio de buena fe objetiva (el injusto penal)» (BERENGUER PASCUAL, *Corrupción en los negocios*, pp. 173, 406).

²² BERENGUER PASCUAL, *Corrupción en los negocios*, p. 59, con ulteriores referencias.

²³ Se utiliza aquí la expresión «pasivo» como «corrompido» en el mismo sentido del delito de cohecho, es decir como la persona que desatiende sus deberes a cambio del beneficio o la ventaja. Pero puede suceder que la iniciativa parta no del corruptor, sino del propio corrompido como sucede en la única condena existente hasta el momento: SAP Barcelona (Sección 9.ª) 173/2018, de 28 de febrero.

puede tratarse de deberes fiduciarios o de buena fe de estos sujetos con su principal²⁴.

De esta manera en el caso de la modalidad activa (apartado segundo) estamos ante un delito común que puede cometer cualquiera que realice la conducta típica que tiene como referencia teleológica el favorecimiento indebido. Por ejemplo, un intermediario o un conseguidor. Se realiza una promesa, ofrecimiento o concesión a otro para que éste infrinja sus deberes. En cambio, la modalidad pasiva (apartado primero) es un delito especial que sólo pueden cometer los que tengan determinados deberes con su principal en la compra-venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales con terceros. En el fondo en esta modalidad da igual el nivel de responsabilidad a efectos de tipicidad (no de determinación de la pena *ex art.* 286 bis.3) ya que el tipo penal abarca todos los niveles dentro de una empresa: administradores (deberes de lealtad), directivos o empleados (deberes de buena fe). Incluso hace referencia a aquellos casos en los que las decisiones no son adoptadas por miembros o integrantes de la empresa, sino que se delegan o subcontratan en terceros ajenos a la organización (por ejemplo, se trata de una instalación de características técnicas difíciles de valorar por personal interno y se encarga la decisión a un especialista). De acuerdo con la posición que se sostiene resulta superfluo trasladar aquí el debate sobre si el concepto de administrador es sólo el de Derecho o también el de hecho en el sentido del artículo 31. En este precepto se trata de alguien que tiene que responder personalmente por deberes que no son suyos, sino de la persona jurídica (ésta y no el administrador es el sujeto pasivo del impuesto de sociedades o el deudor),

²⁴ BOLEA BARDÓN, El delito de corrupción privada: bien jurídico, estructura típica e intervinientes, *InDret* 2/2013, p. 16; ENCINAR DEL POZO, Corrupción privada, p. 340, con ulteriores referencias; FEJOO SÁNCHEZ, SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES, Práctica penal económica, p. 174; GILI PASCUAL, Corrupción en el sector privado, pp. 54 ss., 254 s.; MAGRO SERVET, Consideraciones prácticas sobre el delito de corrupción entre particulares (artículo 286 bis CP). Supuestos incluidos y excluidos, *Diario La Ley*, N.º 8706, Sección Tribuna, 19 de febrero de 2016, Ref. D-76, apartado II.

Esto es evidente si tenemos en cuenta los Textos supranacionales que vinculan al Reino de España. El artículo 2 de la Decisión Marco 2003/568/JAI, de 22 de julio, define la corrupción activa como «prometer, ofrecer o entregar, directamente o a través de un intermediario, a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, una ventaja indebida de cualquier naturaleza para dicha persona o para un tercero, para que ésta realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones».

En el mismo sentido, ya previamente el artículo 7 relativo a la corrupción activa en el sector privado del Convenio penal de 27 de enero de 1999 sobre la corrupción (Convenio n.º 173 del Consejo de Europa), define este delito como «el hecho de que una persona que dirija o trabaje en cualquier calidad para una entidad del sector privado solicite o reciba, directamente o por mediación de terceros, una ventaja indebida o de que acepte la oferta o promesa de esa ventaja, para sí misma o para cualquier otra persona, con el fin de que realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus deberes».

Esto no es tenido en cuenta por LUZÓN CÁNOVAS, en CUERDA ARNAU (Dir.), Comentarios al Código Penal, I, Valencia, 2023, p. 1840.

mientras aquí se trata de deberes del propio sujeto con el principal. Por ello son irrelevantes las formalidades legales (por ejemplo, que el contrato laboral no sea conforme a la ley). El autor puede ser no sólo un administrador de hecho, sino un directivo de hecho o un empleado de hecho. Sería absurdo decir que si en un proceso de contratación un administrador de hecho toma decisiones relevantes con un subordinado que tiene formalmente un contrato de trabajo, responderá el empleado pero no el superior jerárquico que ha tenido más peso en las decisiones. O que la conducta de un Administrador de Derecho que cobra sobornos a lo largo del tiempo deja de ser típica en el momento en que siga realizando su actividad delictiva con el nombramiento caducado. Creo que se han pretendido trasladar a este ámbito delictivo cuestiones que carecen totalmente de relevancia²⁵. Si el tipo no distingue entre administradores de hecho o de Derecho no es porque el tipo penal sólo abarque los segundos, sino que el tipo abarca a toda persona que, con independencia de su cargo formal, adopte decisiones de compras o contrataciones en nombre o representación o por cuenta de una empresa mercantil o sociedad²⁶. Lo relevante es, por consiguiente, el desempeño material de esta función.

La posición mantenida aquí convierte en coherente la atipicidad cuando se trata del principal (propietario o titular del negocio, empresario, órgano que representa la propiedad) que acepta, solicita o consiente directamente beneficios o ventajas²⁷-los mal denominados «sobornos al descubierto»-. Forma parte de la leyes del mercado ofrecer ventajas, beneficios o incentivos a clientes o distribuidores, lo cual es una conducta permitida que no constituye una infracción del orden económico primario²⁸. Por ejemplo, están integradas en el funcionamiento del mercado ofertas a pequeños comerciantes del tipo «si tu tienda es de las que venden más electrodomésticos de la marca

²⁵ Desde una perspectiva general tiene más relevancia otra cuestión y es la diferenciación entre administrador y directivo, que no suele ser habitual en el Código Penal (aunque se puede encontrar en otros preceptos como los artículos 262.3, 288 bis y 348.3 CP), de tal manera que una interpretación sistemática aboga por un concepto restrictivo de administrador, que, de principio, no debería abarcar a los directivos ya que el Código Penal asume la distinción entre administradores (representantes legales de la sociedad) y directivos (STS 606/2010, de 25 de junio). Ello con independencia de que el Anteproyecto del 2008 originalmente no hiciera referencia a los administradores por una incorrecta transposición de la Decisión Marco. Lo relevante es que posteriormente se añadió la referencia a los administradores.

²⁶ BERENGUER PASCUAL, *Corrupción en los negocios*, pp. 233 s.; ENCINAR DEL POZO, *Corrupción privada*, p. 289.

²⁷ Referencias en BERENGUER PASCUAL, *Corrupción en los negocios*, pp. 104 ss., 403; FEJOO SÁNCHEZ, *La Ley Penal 2023*, nota 16.

²⁸ GLI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, pp. 62 ss., refiriéndose a la libertad de empresa que consagra el art. 38 CE. En el mismo sentido que el texto en profundidad, pp. 112 ss., 171 ss. Sobre el riesgo permitido en los delitos económicos, FEJOO SÁNCHEZ, en GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coord.), *Persuadir y Razonar: Estudios Jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, II, Navarra, 2018, pp. 159 ss.

te invitaremos a un crucero». Deberíamos tener cuidado con interpretaciones que criminalizan la normalidad en el tráfico mercantil. Después de dos reformas del precepto es difícil seguir sosteniendo la «tesis del olvido del legislador» para explicar la exclusión como autor del titular o dueño de la empresa, pero no de sus empleados. Desde la posición sostenida en este trabajo se trata de una consecuencia lógica.

CAPÍTULO LXV

DEL DELITO DE OMISIÓN DEL DEBER DE SOCORRO AGRAVADO (ART. 195.3 CP) AL DELITO DE ABANDONO DEL LUGAR DEL ACCIDENTE (ART. 382 BIS CP)

SILVIA FERNÁNDEZ BAUTISTA

Profesora Agregada de Derecho Penal. Universidad de Barcelona

I. INTRODUCCIÓN

La tipificación del delito de abandono del lugar del accidente (art. 382 bis CP), que introdujo la LO 2/2019 de 1 de marzo y ha modificado la LO 11/2022 de 13 de septiembre, ha sido ampliamente criticada por la doctrina¹. Resulta imposible reproducir aquí, siquiera de manera resumida, todas las objeciones que se han hecho a este delito al que también se ha denominado como «delito de fuga»². Dos son las cuestiones que aquí nos interesan. En primer lugar, la relativa al bien jurídico protegido y, en segundo lugar, la relativa a cómo debe interpretarse la remisión expresa al delito de omisión del deber de socorro (art. 195 CP).

En relación con la primera cuestión, parece haber cierto consenso doctrinal en admitir que el delito de abandono del lugar del accidente (art. 382 bis CP) se configura como un delito contra la administración de justicia, que pretende

¹ Por ejemplo, BUSTOS RUBIO, Aproximación crítica al nuevo delito de abandono del lugar del accidente (art. 382 bis del Código Penal), en LLP 138, 2019 p. 10 califica literalmente este delito como «*un total y absoluto disparate*».

² Ver por todos, con un análisis exhaustivo TRAPERO BARREALES, Comentario urgente sobre la reforma penal vial y otros aspectos controvertidos, en RECPC 21-11, 2019, pp. 37 a 56.

salvaguardar los intereses indemnizatorios de las víctimas del siniestro y los relacionados con la investigación de la producción del accidente. Sin embargo, mayoritariamente también, se cuestiona que dichos intereses puedan ser elevados a la categoría de bien jurídico penal³. Con independencia de esta objeción –no menor– lo que aquí interesa es destacar que dicho bien jurídico nada tiene que ver con los deberes de solidaridad⁴ o la vida y la integridad de las personas⁵ que, a grandes rasgos, son los bienes jurídicos que la doctrina ha entendido protegidos en el delito de omisión del deber de socorro (art. 195 CP)⁶.

En lo sucesivo, me ocuparé del ámbito de aplicación del delito de abandono del lugar del accidente (art. 382 bis CP), más concretamente, en relación con los casos de tentativa inidónea y de error sobre los elementos del tipo objetivo en el delito contenido en el artículo 195.3 CP. Se pondrá de relieve así que la redacción actual del artículo 382 bis CP impide articular satisfactoriamente su relación con el delito de omisión del deber de socorro agravado. Son propuestas de interpretación que no ofrecen una respuesta ni rotunda ni cerrada, pero cuestionan la aplicación automática del artículo 382 bis CP cuando no cabe imputar un delito de omisión del deber de socorro agravado consumado, aplicación automática que a menudo se justifica aludiendo, entre otros argumentos, a las pretendidas lagunas de punibilidad (¡) existentes hasta la tipificación de aquel delito⁷. En definitiva, se pretende poner de manifiesto que, según la interpreta-

³ En este sentido, entre otros, CASTRO MORENO, Comentario crítico a la LO 2/2019 de 1 de marzo, de reforma del Código Penal en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor y ciclomotor: nuevo delito de abandono del lugar del accidente, en LLP 138, 2019, p. 21; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, El delito de abandono del lugar del accidente (art. 382 bis CP). Una reforma inadecuada e innecesaria, en CPC 129, 2019, p. 22; SÁNCHEZ DOMINGO, El bien jurídico protegido en el delito de abandono del lugar del accidente del artículo 382 bis CP, en RGDP 36, 2021, pp. 42 y 43; BARBER BURUSCO, El delito de abandono del lugar del accidente: cuestionable lesividad y clara desproporción, en Gómez/Bolea/ Gallego/ Hortal/ Joshi (Dirs.) Un modelo integral de Derecho Penal. Libro Homenaje a la Prof. Mirentxu Corcoy, BOE, Madrid, 2022, p. 1007. Desde la perspectiva del Derecho comparado lo analiza BENÍTEZ ORTÚZAR, Primeras reflexiones a vuelapluma acerca del delito de abandono del lugar del accidente del artículo 382 bis CP. El nuevo delito «de fuga», en REDS 13, 2018, pp. 64 ss.; ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, El nuevo delito de abandono del lugar del accidente en el espejo del delito de fuga alemán, en LLP 139, 2019, pp. 6 ss.

⁴ De esta opinión, entre otros, DELGADO GIL, Omisión del deber de socorro (nuevo delito de abandono del lugar del accidente) y denegación de asistencia sanitaria, en RDPC 21, 2019, pp. 204 y 205.

⁵ Por todos, FARALDO CABANA, La omisión del deber de socorro. Comentario al art. 195 CP, en CUERDA ARNAU (Dir.), Comentarios al Código Penal, Tirant lo Blanch, Valencia 2023, p. 1308; GÓMEZ TOMILLO, El deber de socorro (artículo 195.1 del Código penal), Tirant lo Blanch, Valencia 2003, p. 67.

⁶ Compara estos bienes jurídicos, entre otros, TRAPERO BARREALES, RECPC 21-11, 2019, pp.40 ss.; SÁNCHEZ DOMINGO, RGDP 36, 2021, pp.13 ss.

⁷ Las SSTS 167/2022, 24-2 y 420/2023, 31-5 afirman que «(...) se crea así un delito de aplicación subsidiaria mediante el que se pretende evitar la impunidad de aquellas conductas que escapan a los límites del tipo que ofrece el art. 195 del CP (...)».

ción que se haga de la cláusula de remisión al artículo 195 CP contenida en el artículo 382 bis CP, la calificación jurídica de los hechos será una u otra.

II. ¿EXISTE UN DELITO CONSUMADO DE ABANDONO DEL LUGAR DEL ACCIDENTE (ART. 382 BIS CP) EN LOS CASOS DE TENTATIVA INIDÓNEA O ERROR DE TIPO EN EL DELITO DE OMISIÓN DEL DEBER DE SOCORRO AGRAVADO (ART. 195.3 CP)?

La problemática de la tentativa inidónea y el error de tipo en el delito de omisión del deber de socorro ya ha sido, obviamente, tratada por la doctrina y la jurisprudencia con anterioridad a la existencia del delito de abandono del lugar del accidente⁸. Lo relevante ahora es saber si, tras la introducción de esta figura delictiva (art. 382 bis CP), las soluciones propuestas anteriormente deben cambiar para dar paso a la aplicación de un delito como el que nos ocupa, todo ello, claro está, en el ámbito de la seguridad vial⁹. Partamos de dos ejemplos, puramente teóricos y que admiten multitud de variantes y matices, pero que pueden ilustrar la problemática que aquí se presenta. *Un sujeto, tras provocar fortuita o imprudentemente una colisión con otro vehículo: a) se va del lugar del accidente pensando –como lo haría el sujeto medio situado ex ante– que la víctima está viva (lesionada) y desamparada, pero en realidad ha fallecido; b) se va pensando que la víctima está muerta, pero en realidad está viva (lesionada) y desamparada.* Con respecto al delito de omisión del deber de socorro agravado (art. 195.3 CP) puede reconocerse, en los ejemplos expuestos, una tentativa inidónea en el supuesto a) y un error de tipo en el supuesto b). Lo que ya no está tan claro es si, en estos casos, puede admitirse también la existencia de un delito consumado de abandono del lugar del accidente (art. 382 bis CP). La respuesta a esta pregunta depende, en mi opinión, de la interpretación que se haga de la expresión «fuera de los casos contemplados en el artículo 195» contenida en la descripción del delito de abandono del lugar del accidente (art. 382 bis), con la que parece instaurarse una relación de subsidiaridad entre este y el delito de omisión del deber de socorro (art. 195 CP). A continuación, se recogen algunas opciones para interpretar dicha remisión y comprobar si cada una de ellas conduce a resultados distintos.

⁸ Ver por todos, con información doctrinal y jurisprudencial, GÓMEZ MARTÍN, Omisión del deber de socorro, comisión por omisión y seguridad en el tráfico, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (Dir.)/CARDENAL MONTRAVETA (Coord.), Seguridad vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial, Tirant lo Blanch, Valencia 2008, pp. 290 ss.

⁹ Analiza algunas de estas cuestiones TRAPERO BARREALES, RECPC n. 21-11, 2019, pp. 46-47 y 53.

1. Como presupuesto objetivo que da lugar a la conducta típica

La primera de las opciones consiste en entender que la expresión «*fuera de los casos contemplados en el art. 195*» contribuye, con otros elementos, a definir el tipo objetivo; más concretamente, el estado en el que se halla la víctima y ante el cual el legislador prohíbe al sujeto abandonar el lugar de los hechos¹⁰. Siendo ello así, la prohibición de abandonar el lugar contenida en el artículo 382 bis CP nace cuando la víctima ha fallecido o sufre lesiones del artículo 147.1 CP, 149 CP o 150 CP, pero está siendo socorrida. En realidad, la exigencia de que la víctima no esté desamparada (pero viva) sería lo único que, vía interpretativa, aportaría la alusión al artículo 195 CP. La exigencia de un peligro manifiesto y grave para la víctima del accidente parece que puede deducirse de los resultados de lesiones que ahora menciona el artículo 382 bis. CP. Veamos qué consecuencias se derivan de una interpretación como la propuesta en los casos anteriormente citados.

- a) EL SUJETO ACTIVO SE VA PENSANDO –COMO LO HARÍA EL SUJETO MEDIO SITUADO *EX ANTE*– QUE LA VÍCTIMA ESTÁ VIVA (LESIONADA) Y DESAMPARADA, PERO ESTÁ MUERTA¹¹

Con respecto al delito de omisión del deber de socorro agravado (art. 195.3 CP) estaríamos ante un supuesto de tentativa inidónea (por inidoneidad del objeto), en principio, punible¹². El sujeto activo no quiere socorrer a la víctima, pero objetiva-

¹⁰ MARTÍNEZ SANROMÀ, La omisión del deber de socorro y el nuevo artículo 382 bis CP. Comentario a la STS 167/2022, de 24 de febrero, InDret 3/2022, p. 396 entiende que la expresión «*fuera de los casos contemplados en el artículo 195*» constituye un elemento negativo del tipo del artículo 382 bis y que la no concurrencia de esta circunstancia debe quedar abarcada por el dolo del autor.

¹¹ Un supuesto similar lo analiza MARTÍNEZ SANROMÀ, InDret 3/2022, pp. 391 ss. basándose en los hechos probados recogidos en la STS 167/2022, 24-2.

¹² MIR PUIG, Derecho Penal. Parte General, 10.ª, Reppertor, Barcelona 2015, pp. 364-367 se posiciona a favor de la punición del delito imposible. Afirma que la tentativa inidónea es peligrosa ex ante en la medida en que, para el espectador objetivo situado en el lugar del autor, hubiera parecido capaz de consumar el delito. También a favor de considerar punible la tentativa inidónea en casos de omisión del deber de socorro GÓMEZ MARTÍN, Omisión del deber de socorro, comisión por omisión y seguridad en el tráfico, p. 292. Por el contrario, en la STS 167/2022, 24-2 el TS confirma la aplicación subsidiaria del delito de abandono del lugar del accidente (art. 382 bis CP) argumentando que en este supuesto existe una tentativa inidónea absoluta (no punible). Eso le da pie, a continuación, a fundamentar la aplicación subsidiaria del delito de abandono del lugar del accidente (art. 382 bis CP). En mi opinión, la posibilidad de aplicar el delito de abandono del lugar del accidente no depende de si la tentativa inidónea es absoluta o relativa, sino de cómo deba interpretarse la alusión del artículo 382 bis CP al delito de omisión del deber de socorro («*fuera de los casos contemplados en el artículo 195*»). Entiendo que, en este supuesto, el TS afirma la existencia de un delito consumado de abandono del lugar del accidente no tanto por asumir las consecuencias de una diferenciación entre tentativa inidónea absoluta o relativa sino a una suerte de «necesaria» aplicación del artículo 382 bis CP pues estaría llamado a cubrir «lagunas de punibilidad» en su-

mente no podría hacerlo ya que su situación es irreversible, aunque él lo desconozca. Pues bien, la cuestión que debe resolverse ahora es si estos hechos pueden ser calificados también como un delito de abandono del lugar del accidente.

En relación con este delito (art. 382 bis CP), si aceptamos que el sujeto debe conocer que está fuera de los casos del art. 195 CP, es decir, que el dolo del sujeto debe abarcar el conocimiento de en qué situación se halla la víctima y dicha circunstancia se ha interpretado como a) persona fallecida o b) persona lesionada socorrida, podríamos concluir que existe, ante el desconocimiento de que la víctima ha fallecido, un error de tipo, que impediría apreciar un delito doloso y derivaría en la atipicidad de su conducta con respecto a este delito habida cuenta de la inexistencia de un tipo imprudente¹³. En definitiva, aceptando tal interpretación de la remisión del artículo 382 bis CP al art. 195 CP, la única posibilidad de imputar un delito al sujeto por huir del lugar de los hechos –sin contar, claro está, la posible imputación del homicidio o lesiones imprudentes o delitos contra la seguridad vial previos– sería la tentativa inidónea de omisión del deber de socorro agravado (art. 195.3 CP)¹⁴. Si se entiende que la tentativa inidónea es siempre impune o, por lo menos, lo es en casos de inidoneidad absoluta, la solución coherente sería admitir la impunidad del sujeto que se va dejando a alguien que cree gravemente herido y desamparado, pero que en realidad ha fallecido¹⁵.

b) EL SUJETO ACTIVO SE VA PENSANDO QUE LA VÍCTIMA ESTÁ MUERTA, PERO EN REALIDAD ESTÁ VIVA (LESIONADA) Y DESAMPARADA

Examinemos ahora el segundo ejemplo propuesto desde la perspectiva de los delitos en liza. Se trata, en esta ocasión, del supuesto opuesto al anterior.

puestos como el que nos ocupa. Comenta con acierto esta sentencia MARTÍNEZ SANROMÀ, InDret 3/2022, p.395 que se decanta por calificar los hechos como tentativa inidónea del delito de omisión del deber de socorro.

¹³ De esta opinión MARTÍNEZ SANROMÀ, InDret 3/2022, p. 396.

¹⁴ A favor de esta interpretación CASTRO MORENO, LLP 138, 2019, pp.21 y 22; MARTÍNEZ SANROMÀ, InDret 3/2022, p. 396. En contra el Dictamen 1/21 FGE Unidad de Seguridad Vial que en su conclusión 23 afirma que: «Las tentativas inidóneas del art. 195 CP hay que calificarlas conforme al nuevo delito citado. Los supuestos de estados agonizantes con muerte irreversible se calificarán de omisión de socorro del art. 195. El perito forense, a estos efectos, dictaminará si ha habido un mínimo de supervivencia temporal con posibilidad abstracta de prestar cuidados paliativos». La STS 420/2023, 31-5 afirma que admitir la punición de la tentativa inidónea del delito de omisión del deber de socorro implica extender el deber de auxilio a un previo y adicional deber penal de cerciorarse si concurre que la conducta típica no describe ni exige. Prosigue el TS concluyendo que con la muerte instantánea del accidentado concurre ex ante la inexistencia de deber aunque el autor lo desconozca y no tendría sentido que el derecho impusiera al causante del accidente un deber de auxilio que, de decidir ejecutarlo, no podría ser cumplido.

¹⁵ Se obvian aquí los más que probables problemas de prueba sobre el conocimiento por parte del sujeto activo del alcance de las lesiones de la víctima o de su muerte que, naturalmente, pueden ser conocidas a título de dolo eventual.

Pues bien, con respecto al delito de omisión del deber de socorro agravado (art. 195.3 CP), el desconocimiento por parte del sujeto activo de la situación de peligro manifiesto y grave y de desamparo en la que se encuentra la víctima constituye un error de tipo. De igual modo que se argumentaba más arriba, dicho error impediría, aunque fuese vencible, la imputación de un delito de omisión del deber de socorro agravado, pues no está legalmente prevista su comisión imprudente¹⁶.

Ahora bien, en relación con el delito de abandono del lugar del accidente (art. 382 bis CP) se plantean diversas cuestiones ¿puede calificarse este supuesto como tentativa inidónea del delito de abandono del lugar del accidente ya que el sujeto cree abandonar a una persona fallecida cuando en realidad no lo está? ¿puede entenderse consumado este delito si en realidad abandona a alguien herido pero desamparado, siendo este un supuesto contemplado en el delito de omisión del deber de socorro, pero no por el de abandono del lugar de accidente? Si la alusión a «*fuera de los casos contemplados en el art. 195*» se entiende como un elemento del tipo, en el caso ahora examinado debe apreciarse una tentativa inidónea del delito de abandono del lugar del accidente (art. 382 bis). El argumento no puede ser otro que el esgrimido más arriba, es decir, la inidoneidad del objeto –supervivencia y desamparo de la víctima– desconocida por el sujeto activo. La solución ahora planteada puede ser sorprendente, pero es la única coherente con el razonamiento expuesto.

2. Referido a la norma secundaria: aplicación del delito con mayor pena

Cabría entender que «*fuera de los casos contemplados en el art. 195*» no es, en realidad, un verdadero elemento del tipo, sino que es una expresión legal relacionada con la norma secundaria, que indica al Juez o Tribunal la necesidad de apreciar el delito de abandono del lugar del accidente (art. 382 bis) «*salvo que el hecho señalado tuviese mayor pena en otro precepto*»¹⁷. De ser así, se obviaría la necesidad de que tal circunstancia deba conocerse por el sujeto activo. El dolo del autor solo debiera abarcar la situación objetiva descrita por el art. 382 bis CP, es decir, que se ha participado imprudente o fortuitamente en el siniestro y que a consecuencia de este hay una víctima muerta o lesionada. Ciertamente es, no obstante que, de aceptarse tal postura, debiera tenerse

¹⁶ Así, GÓMEZ MARTÍN, Omisión del deber de socorro, comisión por omisión y seguridad en el tráfico, p. 291.

¹⁷ Expresión utilizada, por ejemplo, en el art. 172.1 II in fine (delito de coacciones).

en cuenta que el art. 382 bis CP prevé penas distintas atendiendo a la causación fortuita o imprudente del siniestro.

Analizaré, ahora desde esta nueva perspectiva, los dos ejemplos propuestos para poner de relieve que las soluciones a las que debe llegarse son diferentes.

- a) EL SUJETO ACTIVO SE VA PENSANDO –COMO LO HARÍA EL SUJETO MEDIO SITUADO *EX ANTE*– QUE LA VÍCTIMA ESTÁ VIVA (LESIONADA) Y DESAMPARADA, PERO ESTÁ MUERTA

En lo que al delito de omisión del deber de socorro agravado (art. 195.3 CP) se refiere, debiera apreciarse, con idénticos argumentos a los expresados más arriba, un supuesto de tentativa inidónea, en mi opinión, punible. La distinta interpretación de la cláusula de remisión no altera, en absoluto, esta solución.

Con respecto al delito de abandono del lugar del accidente (art. 382 bis CP) pareciera que podría aceptarse su aplicación ya que, efectivamente, el hecho cometido por el sujeto no estaría castigado con mayor pena en otro precepto, pues la tentativa inidónea de un delito de omisión del deber de socorro (art. 195.3 CP) permitirá bajar la pena en uno o dos grados respecto a la señalada para el delito consumado (art. 62 CP). Siendo la pena del artículo 382 bis CP mayor que la del delito de omisión del deber de socorro agravado en grado de tentativa, debiera ser aquel tipo el que se aplicara en casos como el que nos ocupa¹⁸. No solo esta explicación en sede de penalidad permitiría la aplicación del delito de abandono del lugar del accidente (art. 382 bis CP). Si atendemos a la descripción típica de este delito lo único que debe abarcar el dolo del sujeto es que hay una víctima, que es consecuencia del siniestro causado por él y que, ante tales circunstancias, abandona el lugar de los hechos¹⁹. Poco importaría si la víctima está lesionada o muerta, pues ambos resultados son presupuesto de la conducta típica del delito de abandono del lugar del accidente (art. 382 bis CP). En definitiva, el error sobre la muerte de la víctima, siempre que esta se halle lesionada con la gravedad descrita en los artículos 147.1, 149 y 150 CP, resultará irrelevante. Ahora bien, no podemos pasar por alto que, la pena del delito de abandono del lugar del accidente (art. 382 bis CP) para los supuestos de causación imprudente del siniestro es siempre mayor que la del delito de omisión del

¹⁸ En parecidos términos para un supuesto similar, TRAPERO BARREALES, RECPC 21-11, 2019, p. 46.

¹⁹ Introduce en el debate la interesante cuestión sobre si los resultados lesivos o fallecimiento son condiciones objetivas de punibilidad o elementos típicos TRAPERO BARREALES, RECPC 21-11, 2019, p. 52 afirmando la autora que en una interpretación restrictiva deben entenderse como elementos típicos.

deber de socorro agravado (art. 195.3 CP) en idéntica modalidad. En efecto, en este último precepto la pena prevista es de 6 meses a 4 años de prisión, mientras que el delito de abandono del lugar del accidente recoge idéntica pena privativa de libertad añadiendo la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo de 1 a 4 años. Siendo esto así, será siempre preferente la aplicación del art. 382 bis CP cuando el resultado lesivo o muerte de la víctima haya sido causada imprudentemente en el ámbito de la seguridad vial.

La cuestión que debe plantearse ahora es si el delito de abandono del lugar del accidente (art. 382 bis CP) debe ser el único con el que se califique jurídicamente el supuesto planteado. Dicho de otro modo: de interpretarse así la remisión legal «*fuera de los casos contenidos en el artículo 195*» ¿puede obviarse la existencia de una tentativa inidónea –entiendo que punible– de un delito de omisión del deber de socorro agravado? ¿debe operarse como si de un concurso de normas se tratase y acudir a las reglas contenidas en el artículo 8. 2.º CP que permiten calificar el hecho conforme a un único delito? En mi opinión, aunque teóricamente esta solución es posible –quizá obligada– porque el legislador parece que así se ha expresado, no me parece acertada²⁰. Y no lo es por la diferencia entre los bienes jurídicos protegidos en ambos delitos, cuya aplicación conjunta difícilmente incurriría en *bis in idem*, lo que permitiría negar la existencia de un concurso de leyes²¹. Consecuentemente con esta postura, el ejemplo que nos ocupa debiera calificarse como un concurso ideal de tentativa inidónea de omisión del deber de socorro agravado (art. 195.3) y un delito consumado de abandono del lugar del accidente (art. 382 bis CP).

b) EL SUJETO ACTIVO SE VA PENSANDO QUE LA VÍCTIMA ESTÁ MUERTA,
PERO EN REALIDAD ESTÁ VIVA (LESIONADA) Y DESAMPARADA

Con respecto al delito de omisión del deber de socorro agravado (art. 195.3 CP) podemos afirmar que el desconocimiento por parte del sujeto

²⁰ Casi idéntica remisión se recoge, aquí sí de manera acertada, en el artículo 254.1 CP con respecto al artículo 253 CP (apropiación indebida).

²¹ MIR PUIG, Derecho Penal. Parte General, 2015, p. 682 afirma que «Se habla de «concurso de leyes» cuando uno o varios hechos son incluíbles en varios preceptos penales de los que sólo uno puede aplicarse, puesto que su estimación conjunta supondría un *bis in idem*. Ello sucede siempre que uno de los preceptos basta por sí solo para aprehender todo el desvalor del hecho o hechos concurrentes. Concorre entonces un solo delito». Atendiendo a esta definición no es, desde luego, lo que sucede en el caso analizado.

activo de la situación de peligro (manifiesto y grave) y desamparo en la que se encuentra la víctima constituye un error de tipo. De nuevo aquí idéntica argumentación: dicho error impediría la apreciación del tipo doloso, lo que implicaría la atipicidad de su conducta conforme a este delito.

En cuanto al delito de abandono del lugar del accidente (art. 382 bis CP) podría aceptarse su aplicación ya que, efectivamente, el hecho cometido por el sujeto no está castigado con mayor pena en otro precepto, pues resulta imposible la imputación de un delito de omisión del deber de socorro agravado dada la existencia de un error de tipo. Ahora bien, ¿se calificaría como delito de abandono del lugar del accidente consumado? ¿sigue siendo un supuesto de tentativa inidónea querer abandonar a alguien fallecido (supuesto contemplado expresamente por el art. 382 bis CP) y que el sujeto esté lesionado y desamparado (supuesto no contemplado expresamente en el artículo 382 bis CP)? Si aceptamos que la remisión del artículo 382 bis CP al artículo 195 CP no lo es para completar el tipo objetivo, la cuestión del desamparo pierde toda relevancia²². De este modo, lo importante sería, de igual manera que en el supuesto anterior, que el sujeto activo abandona a una persona muerta o en su defecto lesionada y que no pudiéndose apreciar un delito de omisión del deber de socorro agravado –por la concurrencia de un error de tipo– procedería la calificación conforme al delito de abandono del lugar del accidente (art. 382 bis CP). Todo ello sin olvidar que la pena contemplada para la causación imprudente en el delito de abandono del lugar del accidente (art. 382 bis CP) es, en cualquier caso, superior a la prevista para idéntica modalidad en el delito de omisión del deber de socorro agravado (art. 195.3 CP). A diferencia del ejemplo anterior, dada la existencia de un error de tipo en el delito de omisión del deber de socorro agravado, no sería necesario plantear la cuestión concursal, pues solo uno de los delitos en liza podría ser aplicable al supuesto de hecho ahora planteado. A mi modo de ver, la opción de entender la expresión «*fuera de los supuestos contemplados en el artículo 195*» contenida en el artículo 382 bis CP tal y como aquí se ha expuesto, ciertamente facilitaría la apreciación del delito de abandono del lugar del accidente en estos casos, pero se enfrenta al obstáculo de aplicar las reglas del concurso de leyes allí donde no debería haberlo.

²² A decir verdad, aceptando dicha interpretación de la remisión legal del artículo 382 bis CP al artículo 195 CP, el único error que creo relevante es el que versa sobre alcance de la lesión de la víctima, esto es, si la gravedad de dicha lesión se comprende, como mínimo, en el artículo 147.1 CP.

3. **Referido a la norma secundaria: imposibilidad de aplicar el delito consumado de omisión del deber de socorro (art. 195 CP)**

La tercera de las opciones que me parece posible en relación con la interpretación de la cláusula de remisión contenida en el delito de abandono del lugar del accidente pasa por entenderla, de nuevo, referida a la norma secundaria, pero en esta ocasión indicando que deberá apreciarse este delito (art. 382 bis CP) cuando «*no sea posible apreciar un delito consumado de omisión del deber de socorro (art. 195 CP)*».

Llegados a este punto creo que no es necesario repetir con exhaustividad los argumentos ya esgrimidos, baste decir que en cualquiera de los escenarios propuestos (a y b) sería posible la aplicación de un delito de abandono del lugar del accidente (art. 382 bis CP). Cuando el sujeto activo se va pensando —como lo haría el sujeto medio situado ex ante— que la víctima está viva (lesionada) y desamparada, pero está muerta (a), resulta evidente la imposibilidad de apreciar un delito consumado de omisión del deber de socorro agravado (art. 195.3 CP), pues la inidoneidad del objeto obliga a calificarlo como tentativa inidónea. De igual manera, cuando el sujeto activo se va pensando que la víctima está muerta, pero en realidad está viva (lesionada) y desamparada (b), el error sobre los elementos del tipo impide su aplicación. Así las cosas, en ambos supuestos, ante la imposibilidad de apreciar un delito consumado de omisión del deber de socorro agravado (art. 195.3 CP) procedería, según la interpretación ahora propuesta, la de un delito de abandono del lugar del accidente (art. 382 bis CP). De este modo, resulta irrelevante la diferenciación entre la causación imprudente y fortuita y la comparación de la penalidad contenida en cada precepto, pues ya no se trata de cotejar penas, sino de valorar si el delito de omisión del deber de socorro puede apreciarse en grado de consumación o no.

Ahora bien, en mi opinión, los inconvenientes antes apuntados no se superan con esta interpretación de la remisión legal. Al menos no totalmente. En los supuestos que pueden calificarse, amén de como un delito de abandono del lugar del accidente (art. 382 bis CP), como una tentativa inidónea de omisión del deber de socorro agravado (art. 195.3 CP) surgen idénticas dificultades al analizar la relación concursal entre ambos. Cierto es que la remisión expresa impuesta por el legislador permitiría acudir a las reglas del concurso de normas (art. 8. 2.º CP), pero supone, tal y como ya se ha dicho, aceptar la existencia de un concurso de leyes donde la pluralidad de bienes jurídicos permitiría apreciar un concurso de delitos.

III. CASOS DE ERROR EN EL «DESAMPARO» DE LA VÍCTIMA

Tal y como se ha avanzado, entender la alusión a «*fuera de los casos contemplados en el artículo 195*» como expresión relacionada con la norma secundaria –en cualquiera de las dos variantes propuestas– podría facilitar la aplicación del delito de abandono del lugar del accidente (art. 382 bis CP). Pensemos en los supuestos en los que el sujeto que abandona el lugar yerra sobre la condición del amparo de la víctima. Veamos, de nuevo, dos posibles escenarios y la solución que ambos delitos –arts. 195.3 y 382 bis CP– ofrecen.

1. El sujeto activo se va sabiendo que la víctima está lesionada, pero pensando que está socorrida y realmente no lo está

En relación con el delito de omisión del deber de socorro agravado (art. 195.3 CP) puede afirmarse que el sujeto comete el hecho objetivo en error de tipo, pues desconoce uno de los presupuestos que dan lugar a la situación típica, lo que impediría su apreciación. No es necesario reproducir aquí los argumentos ya expuestos.

Con respecto al delito de abandono del lugar del accidente (art. 382 bis CP) debe recordarse que el «desamparo» no se recoge expresamente en su redacción legal y no se considera un elemento del tipo objetivo que deba ser conocido por el autor. Siendo ello así, un supuesto como el que se acaba de describir efectivamente constituye un hecho que «*no tiene mayor pena señalada en otro precepto*» y tampoco constituye «*un delito consumado de omisión del deber de socorro*», lo que permitiría la aplicación del delito de abandono del lugar del accidente. En esta ocasión, las dificultades con respecto al desconocimiento del autor de algún elemento del tipo objetivo no acontecen, puesto que dicho elemento no se describe en el art. 382 bis CP. En definitiva, lo relevante sería: i) que el sujeto sabe que la víctima está lesionada; ii) que el desamparo no es un elemento del tipo objetivo, por lo que resulta indiferente si el sujeto lo conoce o no; iii) que el error de tipo en el art. 195.3 CP impediría su aplicación.

2. El sujeto activo se va sabiendo que la víctima está lesionada y pensando –como lo haría el sujeto medio situado *ex ante*– que no está socorrida pero realmente sí lo está

Con respecto al delito de omisión del deber de socorro agravado (art. 195.3 CP) de nuevo aquí idéntica solución: debiera apreciarse un supuesto de tentativa inidónea, en principio, punible.

De aceptar la remisión legal como ahora se propone, podría apreciarse un delito de abandono del lugar del accidente (art. 382 bis CP), pues la situación descrita en el ejemplo ni *«tiene mayor pena en otro precepto»* ni constituye un *«delito consumado de omisión del deber de socorro»*. Lo relevante sería, de nuevo: i) que el sujeto sabe que la víctima está lesionada; ii) que el desamparo no es un elemento del tipo objetivo, por lo que resulta indiferente si el sujeto lo conoce o no; iii) que la tentativa inidónea de un delito de omisión del deber de socorro agravado (art. 195.3 CP) tendría asignada, en todo caso, una pena inferior a la del delito consumado de abandono del lugar del accidente (art. 382 bis CP).

IV. ALGUNAS CONCLUSIONES

Los ejemplos expuestos hasta el momento pueden ser entendidos, si se me permite la expresión, como supuestos de «laboratorio» que admiten, como no, una diversidad considerable de variantes. En definitiva, todos ellos plantean una divergencia entre la realidad objetiva y el conocimiento de esta. Ante tales circunstancias debe adoptarse un criterio razonable que procure soluciones coherentes. Aquí se han planteado algunas de ellas, aunque ha de concluirse que ninguna está exenta de objeciones.

Ello deriva, entre otras cosas, de la existencia de una cláusula de subsidiariedad expresa entre dos delitos cuyos bienes jurídicos son tan diferentes. A saber: los deberes de solidaridad o la vida y la integridad de las personas en el delito de omisión del deber de socorro (art. 195 CP), y los intereses indemnizatorios de las víctimas del siniestro y los relacionados con la investigación de la producción del accidente (art. 382 bis CP). Dicha relación de subsidiariedad entre ambos es, cuando menos, sorprendente.

Ante tal disparidad de bienes jurídicos protegidos parece más acertado acudir al concurso ideal entre ambos delitos, pues ¿acaso el que omite el deber de socorro de una persona gravemente herida y desamparada no atenta también contra la administración de justicia y el derecho a la reparación de la víctima? De no entender el delito de omisión del deber de socorro como un delito pluriofensivo que abarque ambos aspectos, lo coherente sería aquella solución concursal²³. Pues bien, creo que es precisamente esto lo que ha pretendido evitar el legislador por bien que en la Exposición de Motivos de la LO 2/2019 de 1 de marzo y sin mucha fortuna diga *«(...) Se busca evitar el concurso de normas entre este tipo penal y el delito de omisión del deber de*

²³ En parecidos términos TRAPERO BARREALES, RECPC 21-11, 2019, p. 44.

socorro del artículo 195.3 para los casos de lesiones a través de la previsión contenida en el texto, de subsidiariedad de este delito respecto de aquél (...)». Ha de interpretarse que lo que se quiere evitar, atendiendo quizá a cuestiones de proporcionalidad, es el *concurso de delitos* y no de normas. Ahora bien, la relación de subsidiariedad expresa entre dos delitos que poco o nada tienen que ver en cuanto al objeto de protección tampoco resulta una solución adecuada si obliga a aplicar las reglas del concurso de leyes (en concreto la del artículo 8. 2.º CP) donde –como ya he dicho– no debiera haberlo.

Hasta aquí la breve exposición de (solo) algunas ideas en torno al análisis del delito de abandono del lugar del accidente y su relación con el art. 195 CP. Sirva esta contribución como sentido homenaje al muy querido Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal.

CAPÍTULO LXVI

ALGUNOS APUNTES SOBRE EL NUEVO TIPO PENAL DE REDIFUSIÓN O DIFUSIÓN EN CADENA DE CONDUCTAS DE *SEXTING*, INCORPORADO A NUESTRO CÓDIGO PENAL POR LA LO 10/2022, DE 6 DE SEPTIEMBRE

JAVIER GUSTAVO FERNÁNDEZ TERUELO
Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Oviedo

La LO 10/2022 de 6 de septiembre introdujo en segundo inciso del art. 197.7 de nuestro Código penal el castigo de las conductas de redifusión del *sexting*, que hasta ese momento, según la jurisprudencia mayoritaria, no determinaban ningún tipo de responsabilidad penal. En concreto, se prevé una pena de multa de uno a tres meses, a quien habiendo recibido las imágenes o grabaciones audiovisuales a las que se refiere el párrafo anterior las difunda, revele o ceda a terceros sin el consentimiento de la persona afectada. Se configura por lo tanto como un tipo atenuado, debido a que los que redistribuyen el material atentatorio contra la intimidad no son quienes lo han obtenido directamente (conducta que se castiga en el primer párrafo del apartado 7 del artículo 197 CP), sino aquella/s, que habiendo recibido (sin haber intervenido en su intervención directa) las imágenes o vídeos, procede/n a su difusión a terceros, generalmente a través de programas de mensajería instantánea.

La nueva regulación supone un paso más¹ respecto a la decisión tomada en el año 2015 (a través de la reforma penal operada por Ley Orgáni-

¹ Reforma impulsada por la existencia de casos, de gran impacto mediático, de redifusión masiva de materiales íntimos de tipo sexual que han tenido un fuerte impacto social, destacando entre ellos el caso

ca 1/2015, de 30 de marzo), cuando el legislador introdujo por primera vez en nuestra legislación penal el que se viene conociendo como delito de *sex-tint*². De este modo el apartado 7 del art. 197, en su primer inciso, pasó a castigar al que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona³.

El auge de internet, de la mensajería digital y de las redes sociales y las consiguientes graves consecuencias personales para la víctima derivadas de la difusión no autorizada de imágenes y vídeos de contenido íntimo, aún obtenidos de forma lícita, determinó entonces un cambio del criterio clásico, según el cual quien deja en manos de otro materiales íntimos ya no podría reclamar protección penal, si quien los obtenía los ponía en conocimiento de terceros.

Se trataba de conductas atípicas penalmente hasta entonces, tal y como ha afirmado la jurisprudencia (STS de 21/1/2021), y tal y como expone la Circular 3/2017, de 21 de septiembre, sobre la reforma del código penal operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos (en adelante CFGE 3/2017). Este tipo de conductas resultaba difícilmente encuadrable en el art. 197 CP en su redacción anterior a 2015, porque el tipo penal exigía que las imágenes o grabaciones que posteriormente iban a difundirse se hubieran obtenido *sin el consentimiento* de la persona cuya intimidad se vulneraba. Sin

de la trabajadora de IVECO, en el que, según información periodística, una mujer, de 32 años, trabajaba de carretillera en la fábrica de camiones CNH Industrial situada en la Avenida de Aragón, en San Fernando de Henares, y que contaba entonces con 2.500 empleados. Comenzaron rumores sobre la existencia de un vídeo sexual, vídeo que poco después, llegó a la mayoría de sus compañeros, hasta el punto de viralizarse. El vídeo lo había compartido hacía años con una persona de la empresa con la que tuvo una relación sentimental. Ese noviazgo acabó y la víctima se casó y tuvo dos hijos. Esa ex pareja quería volver de nuevo con ella. La mujer se negó y este hombre fue el que, según parece, la chantajeó con difundir el vídeo, amenaza que llegó a cumplir. El vídeo llegó al marido de la víctima, que sufrió una crisis de ansiedad. Los propios compañeros de la víctima comentaban entre ellos, que debido a las presiones que estaba sufriendo por la difusión del vídeo, acabaría abandonando el trabajo. Finalmente la mujer abandonó su puesto de trabajo antes de terminar su jornada laboral y, un día después, se ahorcó.

² La denominación no es sin embargo precisa, dado que en el tipo caben, aunque no sea lo habitual, conductas que afectan a otras manifestaciones de la intimidad, distintas de la sexual. En efecto, si bien normalmente las imágenes o grabaciones tendrán carácter sexual, pueden reflejar también otros aspectos de la intimidad, tales como las creencias, la ideología, la salud física o psíquica o la situación económica del perjudicado. Sobre ello se pronuncia la STS de 24/2/2020.

³ Se prevé la imposición de la pena en su mitad superior en los tres supuestos que se relacionan en el párrafo segundo de este artículo: a) Cuando el responsable fuera el cónyuge o la persona que esté, o haya estado unida a él (a la víctima), por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. b) Cuando la víctima fuera un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección. c) Cuando los hechos se hubieran cometido con finalidad lucrativa.

embargo, lo que a partir de dicha reforma se castiga es la difusión de las imágenes o grabaciones obtenidas con la anuencia de la persona afectada (en base, generalmente, a una relación de confianza) causando un evidente perjuicio a la víctima y todo ello con frecuencia por motivos de venganza o despecho (el fenómeno conocido como *revenge porn*)⁴.

En cuanto a la justificación del castigo de este tipo de conductas, es preciso tener en cuenta que el nuevo modelo digital permite entender que quien remite a una persona en la que confía una foto expresiva de su propia intimidad no está renunciando anticipadamente a esta, ni tampoco está sacrificando de forma irremediable su privacidad. Su gesto de confiada entrega y selectiva exposición a una persona cuya lealtad no cuestiona, no merece el castigo de la exposición colectiva. La sociedad no puede permanecer indiferente –se razona en la STS de 24/2/2020– a la difusión intencionada de imágenes conectadas a la intimidad y que, una vez incorporada a una red social, multiplican exponencialmente el daño generado a la intimidad de la persona que sólo concebía un destinatario para su visión. Una parte relevante de este tipo de conductas suele tener lugar, como se apuntó, como venganza de uno de los miembros de la pareja tras la ruptura por la otra parte de la relación.

Ciertamente la regulación de 2015, según jurisprudencia mayoritaria, excluía la tipicidad de la difusión encadenada de imágenes obtenidas fundamentalmente a través apps de mensajería y llevada a cabo por terceros situados ajenos a la relación de confianza descrita. Así, por ejemplo, la SAP Barcelona de 24/4/2017, que considera que se trata de una conducta que sólo puede ser cometida por aquél que ha obtenido las imágenes o grabaciones audiovisuales con el consentimiento de la víctima. En apoyo de tal interpretación excluyente cabe añadir, además, que la redacción exige que las imágenes o grabaciones de la persona afectada se hubieran obtenido por el autor «en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros», lo que no concurre en quienes (re)difunden el mensaje recibido.

En el mismo sentido (negativo) se pronunció la CFGE 3/2017, para la cual, teniendo en cuenta la redacción del precepto, es claro que el tipo penal del artículo 197.7 se ha configurado como un delito especial propio del que únicamente pueden ser autores aquel o aquellos que, habiendo obtenido con la anuencia de la víctima la imagen o grabación comprometida, inician, sin autorización del afectado, la cadena de difusión cediendo o distribuyendo dichos contenidos

⁴ Hasta ese momento, la única posibilidad de actuar penalmente frente a estos comportamientos era la vía del artículo 173.1 del CP (delito contra la integridad moral), y aun así, solo cuando resultaba posible acreditar que la difusión pública de imágenes o grabaciones de la víctima suponía un serio menoscabo en su integridad moral, y concurrían el resto de requisitos típicos de dicho precepto.

íntimos a otros, ajenos inicialmente –*extranei*–, a esa inicial relación con la víctima y a la obtención, por tanto, de la imagen o grabación comprometida.

De ese modo, hasta la previsión de 2022, tales comportamientos quedarían derivados al recurso a las previsiones de la LO 1/1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen⁵ o –si bien sólo muy excepcionalmente–, cabía la posibilidad de apreciar la comisión de un delito contra la integridad moral (art. 173.1 CP⁶) respecto a los que realizan ulteriores transmisiones a terceros de los contenidos comprometidos, a sabiendas de que la difusión se está llevando sin la autorización del o de la afectada y que dicha redifusión, tiene capacidad para menoscabar gravemente su integridad moral.

Los requisitos típicos del nuevo supuesto (redifusión de conductas de *sexting*) coinciden en parte con los del primer párrafo del artículo 197.7 introducido en el año 2015, pues es el presupuesto de partida, pero –como veremos– también presentan alguna importante novedad y, entre ellas, un aparente descuido del legislador que parece haber dejado sin sanción una parte importante de las conductas lesivas, sin que exista una razón clara que lo justifique.

La conducta típica parte, como decimos, del delito ubicado en el primer párrafo del precepto citado y por ello requiere la redifusión de imágenes o videos que se han obtenido con el consentimiento de la víctima en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros. En consecuencia, la obtención de las imágenes o grabaciones audiovisuales ha de haberse producido, en todo caso, con el acuerdo de la persona cuya intimidad aparece vulnerada y puede tener dos orígenes: la capta el propio autor o es remitida a este por la víctima. Este segundo supuesto (remisión por la propia víctima) ha sido avalado como supuesto típico por el Tribunal Supremo en su ya citada STS de 24/2/2020: *también obtiene la imagen quien la recibe cuando es remitida voluntariamente por la víctima, valiéndose para ello de cualquier medio convencional o de un programa de mensajería instantánea que opere por redes telemáticas. Es cierto que el artículo 197.7 exige que estas imágenes hayan sido obtenidas « (...) en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros». Pero esta frase no añade una exigencia locativa al momento de la obtención por el autor. Lo que busca el legislador*

⁵ Artículo séptimo: Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley (...) 5. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos.

⁶ Artículo 173 Código Penal. 1. El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

es subrayar y reforzar el valor excluyente de la intimidad con una expresión que, en línea con la deficiente técnica que inspira la redacción del precepto, puede oscurecer su cabal comprensión, sobre todo, si nos aferramos a una interpretación microliteral de sus vocablos.

El núcleo de la acción típica de la nueva figura consiste, no en obtener y difundir lo obtenido (autor del sexting), sino en la redifusión por parte de quien ha recibido la imágenes –obtenidas con la aquiescencia de la víctima– y además que dicha difusión, por su contenido, afecte gravemente a su intimidad.

Al igual que en el supuesto del primer apartado, si bien el precepto utiliza el plural (*difunda, revele o ceda a terceros*), no parece preciso que la imagen o vídeo difundido se revele o ceda a una pluralidad de personas, bastando con que lo haga a una sola, pudiendo considerarse que las expresiones revelar o ceder son perfectamente compatibles con una entrega restringida, pues resultaría, según dicho criterio, contrario a las reglas de la lógica y a la intención del legislador, la exigencia de una difusión masiva en redes sociales de uso generalizado o la difusión simultánea a más de una persona por parte del receptor de las imágenes (entre otras, STS de 24/2/2020, respecto al supuesto del primer inciso del artículo 197.7 CP).

El precepto se refiere también a contenidos cuya divulgación menoscaba gravemente la intimidad personal, y, aunque puede extenderse a otras, la esfera sexual es una de las manifestaciones de lo que se ha denominado el núcleo duro de la intimidad. Se trata de un elemento que, como apunta la CFGE 3/2017, habrá de valorarse en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso, esto es, a partir del contenido mismo de la imagen o grabación, de la situación y condiciones en la que se realizó, e incluso de las características personales de la víctima. En definitiva, para que la acción sea típica será preciso que la imagen o vídeo tenga una naturaleza esencialmente reservada, que se haya tomado en un marco estrictamente privado y que su difusión pueda provocar un serio menoscabo del ámbito personal de intimidad del afectado⁷.

Siempre en el contexto de objeto material, la jurisprudencia ha terminado por considerar típicos los supuestos de desnudez, aunque no concurren connotaciones específicas sexuales e incluso la desnudez parcial. Así, el reenvío de

⁷ La CFGE 3/2017 considera, de un modo a mi juicio discutible, extensible el carácter típico a los elementos exclusivamente de carácter auditivo; esto aquellos elementos sonoros que no van acompañados de vídeo o imagen: «El tipo penal se refiere específicamente a imágenes o grabaciones audiovisuales de otra persona. Por tales hay que entender tanto los contenidos perceptibles únicamente por la vista, como los que se captan conjuntamente por el oído y la vista y también aquellos otros que, aun no mediando imágenes, pueden percibirse por el sentido auditivo. El legislador no excluye ninguno de estos supuestos y ciertamente la difusión in consentida de contenidos, en cualquiera de estas formas, es susceptible de determinar un menoscabo en la intimidad del afectado».

una fotografía del pecho sin consentimiento de la víctima fue objeto de análisis en la STS de 11/7/2022. En tal supuesto, la víctima remitió una fotografía de su pecho desnudo a su novio que la reenvió, sin consentimiento de la perjudicada, a una antigua amiga de ésta. El Juzgado de lo Penal condenó al acusado por un delito de revelación de secretos previsto en el artículo 197.7 CP a la pena de 9 meses y un día de multa. La Audiencia Provincial revocó dicha resolución, absolviendo al acusado, al considerar que, a diferencia del caso examinado en la STS de 24/2/2020, referido a una imagen que representaba un desnudo completo de la perjudicada, es discutible que una imagen parcial de desnudez alcance la gravedad que exige el tipo penal del artículo 197.7 CP. Sin embargo, finalmente, el Tribunal Supremo revoca a su vez la sentencia de la Audiencia, condenando por un delito del 197.7, primer inciso CP, señalando que se conculca el derecho a la intimidad tanto cuando se muestra la desnudez completa, como si la desnudez es parcial, *«como cuando se refiera a ámbitos tan íntimos como es el torso completamente desnudo de una mujer»*, viéndose el bien jurídico protegido plenamente comprometido.

Los materiales recibidos e indebidamente enviados deben reunir los requisitos descritos en el primer párrafo; esto es que el acto registrado que afecta a la intimidad haya tenido lugar en un marco espacial de carácter reservado; esto es en un domicilio, o en un lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, y se haya hecho con consentimiento o anuencia de la víctima. Ha de tratarse en consecuencia de un espacio no público, en el que él o los participantes en el acto se sitúan pretendiendo la exclusión de terceros.

El concepto de domicilio debe entenderse en un sentido amplio, como el referido al ámbito en que se desarrolla la vida privada de la persona, con un carácter excluyente, independientemente de su naturaleza y titularidad.

Más compleja resulta la precisión de la expresión *«en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros»*. Apunta la CFGE 3/2017 que cabría incluir en dicha expresión *cualquier lugar cerrado, como un local comercial no abierto al público, o también un lugar al aire libre, si bien en este caso habría que acreditar que reúne garantías suficientes de privacidad de tal forma que pueda asegurarse que las escenas/imágenes, captadas o grabadas, lo fueron en un contexto de estricta intimidad y sustraído a la percepción de terceros ajenos a ellas*.

Los «terceros» deben ser personas ajenas al acto captado, independientemente de que estos participen o sólo estén presentes en él; en definitiva, son aquellas personas ajenas al círculo íntimo en el que se han obtenido las imágenes.

La fórmula elegida resulta quizá excesivamente cerrada y puede plantear dificultades de cara a su acreditación. Así se planteó por ejemplo, en la STS

de 11/7/2022. En el texto redactado por la ponencia se afirma respecto a este elemento que si bien en el hecho probado no se expresa el lugar en donde se enmarca la imagen, se deduce que tal fotografía no se tomó en un lugar público; *primero, porque la captación de la imagen por la recurrente y el envío posterior a éste, enmarcado todo ello en la relación sentimental que mantenían en ese momento, justifican sobradamente tal localización, no pública, sin que en este aspecto tengamos ninguna duda*, añadiendo que si bien es cierto que el art. 197.7 del Código Penal exige que estas imágenes hayan sido obtenidas «en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros», *esta frase no añade una exigencia locativa al momento de la obtención por el autor*. Lo que busca el legislador, continúa afirmando la ponencia, es *subrayar y reforzar el valor excluyente de la intimidad con una expresión que, en línea con la deficiente técnica que inspira la redacción del precepto, puede oscurecer su cabal comprensión, sobre todo, si nos aferramos a una interpretación microliteral de sus vocablos*.

Sin embargo, en el voto particular formulado por dos de los magistrados, estos consideran que el juicio de subsunción ha sobrepasado los límites que impone el principio de taxatividad, entendiendo que la resolución reconstruye, con efectos extensivos, la conducta típica, mediante la desagregación los distintos elementos que la integran. Frente a la consideración, que hace la ponencia, de que la exigencia de que las imágenes hayan sido obtenidas en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros «añada una exigencia locativa al momento de la obtención por el autor», los firmantes del voto particular consideran que el núcleo de la conducta típica también se integra por las exigencias típicas de que las imágenes difundidas hayan sido obtenidas en las condiciones precisadas en la norma. Estiman, en definitiva, que el envío a un tercero de una foto íntima de una persona, que se obtiene por el remitir porque dicha persona se la ha entregado voluntariamente, *sin precisarse el contexto de obtención, no cae dentro del tipo del artículo 197.7 CP*.

La nueva modalidad típica requiere igualmente la falta de consentimiento de la persona cuya imagen (o incluso audio) aparece reproducida, lo que en absoluto precisa de un rechazo expreso, siendo suficiente la falta de constancia de autorización, al autor o autores de las ulteriores redistribuciones o distribuciones en cadena.

Desde un punto de vista subjetivo es suficiente para consumir el tipo la concurrencia en el autor de un dolo genérico, que comprenda el conocimiento de que la imagen o vídeo afecta a la intimidad y se revela a tercero/s sin autorización. No es por tanto necesaria la concurrencia de elemento subjetivo es-

pecífico alguno. Es igualmente irrelevante el móvil o razón subjetiva que motiva la cesión a terceros, así, por ejemplo, la STS de 21/1/2021, confirma la existencia del delito (de sexting), declarando irrelevante el hecho de que en el caso enjuiciado la revelación tuviera como único objeto demostrar a terceros que la afectada continuaba siendo su pareja.

Las posibilidades de identificación de todos los autores y la capacidad del sistema judicial para su persecución en casos de reenvíos masivos es ciertamente limitada, por lo que –con frecuencia– el tipo jugará un papel más simbólico que real. El problema, en todo caso, se minora en la medida en que el delito se persigue únicamente a instancia de parte⁸. Y será la parte denunciante la que con frecuencia aporte datos sobre receptores del mensaje, lo que quizá permita trazar la línea de distribución. En todo caso, en supuestos de distribuciones masivas (viralización del mensaje) las posibilidades técnicas reales y procesales de proceder a imputaciones delictivas de carácter masivo son muy reducidas, pues ni el sistema policial encargado de los delitos telemáticos⁹, ni la estructura judicial tienen capacidad para abarcar ese volumen de indagación masiva respecto a todos y cada uno de los que reenviaron el mensaje (reenvíos masivos en cadena).

Pero quizá lo más relevante del nuevo tipo penal, y en o que aparenta ser un claro error legislativo, es la limitación de la tipicidad de la conducta únicamente a aquellos supuestos en los que el sujeto difunde lo que *previamente lo ha recibido* (a quien *habiendo recibido* las imágenes o grabaciones audiovisuales a las que se refiere el párrafo anterior las difunda, revele o ceda a terceros). Quedan de ese modo *excluidos y fuera del espectro típico todas aquellas conductas en las que el sujeto que (re)difunde no ha recibido tales materiales* (imágenes o grabaciones audiovisuales), *sino que es él mismo el que ha accedido a determinado espacio telemático y se los ha descargado*, espacio en el que previamente otro ha ubicado materiales, obtenidos en las condiciones re-

⁸ Art. 201.1 CP. Para proceder por los delitos previstos en este Capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. 2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior para proceder por los hechos descritos en el artículo 198 de este Código, ni cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales, a una pluralidad de personas o si la víctima es una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección. 3. El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 130.1.5.º, párrafo segundo.

⁹ La Brigada Central de Investigación Tecnológica está encuadrada en la Unidad de Investigación Tecnológica (C. G. P. J.), que es el órgano de la Dirección General de la Policía encargado de la investigación y persecución del cibercrimen de ámbito nacional y transnacional. Actúa como Centro de Prevención y Respuesta E-Crime de la Policía Nacional. Por su parte, el Grupo de Delitos Telemáticos (GDT) fue creado para investigar, dentro de la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil, todos aquellos delitos que se cometen a través de Internet.

queridas por el tipo (*con la anuencia de quien en ellas aparece en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros y atentando gravemente a la intimidad*).

Se obvia de este modo las peculiaridades del fenómeno y en concreto la existencia de espacios (webs u otros canales virtuales) en los que con frecuencia se difunden este tipo de materiales, destacando especialmente determinados foros de opinión, que en ocasiones acumulan varios millones de usuarios registrados¹⁰ y que han sido objeto de un fuerte cuestionamiento social, a la vez que varios de sus usuarios han sufrido varias condenas penales por prácticas atentatorias contra la intimidad¹¹.

La conducta previa descrita además de un delito contra la intimidad puede ser constitutiva del nuevo delito de acoso, redactado en su versión actual por el número dos de la disposición final segunda de la LO 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la LO. 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, consistente en crear cuentas en redes sociales o páginas web o realizar anuncios utilizando la imagen de un persona que no ha prestado su consentimiento para tal fin, ocasionando al titular de la imagen una situación de acoso, humillación u hostigamiento (art. 172 ter 5 CP).

Finalmente y, al igual, que se plantea con el supuesto del primer inciso del artículo 197.7 cabe la concurrencia de este ilícito con los delitos relativos a pornografía infantil, sancionados en el artículo 189 CP, cuando las imágenes obtenidas y posteriormente difundidas puedan calificarse como material pornográfico. Se resolverá a través de un concurso ideal entre el delito del segundo inciso del artículo 197.7 CP y el artículo 189.1.º b) CP, ya que dicha conducta no solo lesiona la intimidad de la víctima, cuya imagen se (re)difunde sin su autorización entre terceros, sino que afecta también a la indemnidad sexual de dicha víctima en su condición de menor.

¹⁰ Dentro de ellos destacan Forocoche, segundo foro del mundo en español por número de usuarios (900.000 perfiles únicos y 6,8 millones de usuarios) en 2021.

¹¹ Usuarios de Forocoche y Burbuja.info rastrearon los trozos de datos de la víctima de «la manada» difundidos en televisión y terminaron encontrando su nombre, fotos y varios vídeos de YouTube donde aparece, que después usaron para atacarla. El *modus operandi* se articula del siguiente modo: Un grupo de usuarios busca datos circunstanciales, para ir estrechando el cerco hasta encontrar toda la información posible de la víctima. Al cruzar los datos de decenas de personas, se termina llegando al perfil de la persona deseada (hardwaresfera.com).

La sentencia de 16/11/2022 del Juzgado penal 1 de Barcelona condenó al autor (sentencia de conformidad) a una pena de dos años de prisión, multa de 1.320 euros y 20.000 euros en concepto de responsabilidad civil.

CAPÍTULO LXVII

FALSIFICACIÓN DE CERTIFICADOS POR AUTORIDAD O FUNCIONARIO PÚBLICO. COMENTARIO DE LA STS 290/2023, DE 26 DE ABRIL

FERNANDO DE LA FUENTE HONRUBIA

Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid.
Profesor de Derecho Penal y Criminología, UDIMA.
Doctor en Derecho por la Universidad de Alcalá

ADORACIÓN AMIGO RODRÍGUEZ

Juez adscrita al TSJ Castilla-La Mancha.
Profesora CUE Cooperación Jurídica Internacional,
Universidad Europea Miguel de Cervantes

I. INTRODUCCIÓN

El 26 de abril de 2023, se dictó por la Sala Segunda, de lo Penal, del Tribunal Supremo la Sentencia 290/2023, siendo ponente el Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura. Se establece por el Tribunal Supremo que no concurre un delito de falsificación de certificado cuando la conducta se consigne como inofensiva, en tanto el certificado no acredita algún extremo de interés de un expediente o documento a cargo de quien emite la certificación, sino que atribuye algo distinto de una nacionalidad y no una nacionalidad distinta.

II. DELITO DE FALSIFICACIÓN DE CERTIFICADOS POR AUTORIDAD O FUNCIONARIO PÚBLICO

A los efectos de poder comprender la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, con carácter previo, es necesario analizar el tipo delictivo de falsificación de certificados por autoridad o funcionario público, del artículo 398 del Código Penal.

Este tipo delictivo está regulado en la Sección 3.^a «de la falsificación de certificados», del Capítulo II «de las falsedades documentales», del Título XVIII «de las falsedades», del Libro II del Código Penal.

En el apartado primero de artículo 398 se indica que «la autoridad o funcionario público que libre certificación falsa con escasa trascendencia en el tráfico jurídico será castigado con la pena de suspensión de seis meses a dos años»¹.

Conforme indica Muñoz Conde «es un delito puramente formal no se exige ningún propósito específico. Basta sólo con que el certificado no concuerde con la realidad de la situación que acredita. En este caso no está específicamente prevista la comisión imprudente»².

Librar significa dar o expedir, entendiéndose consumado el delito cuando se libra la certificación, independientemente del uso que posteriormente se haga del mismo.

Según el Diccionario de la Real Academia Española certificar es «asegurar, afirmar, dar por cierta una cosa» y en derecho consiste en, «dicho de una autoridad competente: hacer constar por escrito una realidad de hecho»³. En el diccionario de María Moliner consiste en, «declarar cierta una cosa, particularmente, hacerlo así un funcionario con autoridad para ello, en un documento oficial»⁴. El término Certificación tiene dos acepciones en el Diccionario «acción y efecto de certificar» y «documento en que se asegura la verdad de un hecho»⁵.

¹ Artículo 398 LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>.

² MUÑOZ CONDE, Derecho Penal. Parte Especial, 25.^a edición revisada y puesta al día con la colaboración López Peregrín, conforme a las LLOO 13/2022, 14/2022, 1/2023, 3/2023 y 4/2023, Tirant lo Blanch, Valencia 2023, pp. 757 y 758.

³ Diccionario Real Academia Española.

⁴ JUANA PECES/BARJA DE QUIROGA LOPEZ/VILLEGAS GARCIA, Código Penal Comentado – Delitos y sus penas. De la falsificación de certificados, <https://online.elderecho.com>, p. 398.

⁵ MARTINEZ-BUJÁN PEREZ, Certificación falsa de fin de obra (a propósito del auto n.º 6/2011, de 5-4-2011, de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia), Revista Penal n.º 35, Enero 2015, Tirant Lo Blanch, p. 254. El verbo librar, en la acepción del Diccionario que conviene al delito del artículo 398, que es la n.º 3, significa: «dar o expedir algo, especialmente una orden. Librar sentencia, real provisión, decretos, carta de pago» (sin que interese aquí la n.º 4, aunque es una acepción jurídica, porque es específicamente mercantil).

El contenido de este artículo es el mismo que el establecido en el artículo 397, diferenciándose en cuanto a los sujetos activos que deben ser autoridad o funcionario público y que en el artículo 398 lo que se falsifica son certificados y no certificaciones.

En el Código Penal, no existe un concepto legal de certificación, debiendo entenderse como tal cualquier documento que advere algo y conforme indica Borja Jiménez, «las certificaciones hacen referencia a los documentos que emiten los funcionarios o autoridades afectados a determinadas situaciones de los particulares en sus relaciones con el poder público (certificación académica de notas, de antecedentes penales, de empadronamiento, etc.). El certificado, en cambio, viene condicionado por la consideración del sujeto activo como facultativo en relación con la profesión que ejerce y no tanto por su vinculación con la administración pública. Sin embargo, no siempre habrá que diferenciar entre certificados y certificaciones, y, en ocasiones, se emplearán a efectos penales como sinónimos»⁶.

En este delito se penaliza la falsedad documental realizada sobre certificado emitido por autoridad o funcionario público, considerando falsa la certificación cuando falte a la verdad en la narración de los hechos, certificando como cierto algo que no lo es, cuando tenga escasa trascendencia en el tráfico jurídico. Este tipo no es aplicable en los supuestos de certificaciones relativos a la Seguridad Social y a la Hacienda Pública. Nos encontramos ante un tipo privilegiado del delito de falsedad en documento oficial previsto en el artículo 390.1.4.º del Código Penal. El alcance del privilegio fue muy discutido hasta la reforma llevada a cabo por la LO 7/2012, en función de la mayor o menor amplitud que se otorgue al concepto de certificación en el artículo 398. «Según el punto de vista sostenido generalmente por la jurisprudencia, en este tipo privilegiado habría de quedar comprendida la falsedad en toda clase de certificaciones cuando fuese cometida por una autoridad o un funcionario público en el ejercicio de su cargo (STS 5-11-01). No faltaron sin embargo en la jurisprudencia de estos años algunas otras decisiones que no participaban de tan resignado positivismo y trataron de reducir el alcance del privilegio a través de un concepto algo más estricto de certificación. En la doctrina se encontraban igualmente representadas ambas orientaciones»⁷.

⁶ BORJA JIMÉNEZ, Comentarios al Código Penal, II, Textos legales comentados Tirant lo Blanch, Valencia 2023, p. 2509.

⁷ MOLINA FERNANDEZ (Coord.); Memento Práctico Francis Lefebvre Penal, 27 de noviembre de 2022, Lefebvre-El Derecho, <https://online.elderecho.com.>, p. 16224. Como ejemplo de aquella orientación restrictiva, el Tribunal Supremo confirmó la condena por un delito de falsedad en documento oficial (y no por uno de libramiento de certificación falsa) impuesta a un alcalde que había emitido un documento en el que «certificó», falsamente, que se había producido la suspensión de un concierto a causa de la

El certificado garantiza la autenticidad de algo, por lo que el funcionario que lo emite, compromete su responsabilidad al asegurar que el certificado responde a una realidad conocida por él y que se refleja en este.

Conforme manifiesta Martínez-Buján Pérez «la doctrina penalista dominante ha venido identificando las certificaciones tipificadas en el art. 398 con aquellos documentos que se proporcionan para dar prueba o certeza de un hecho que le interesa a la persona a la que se entregan o de un dato que le concierna y que son expedidos bien por funcionarios públicos, bien por determinados profesionales particulares»⁸ y en el mismo sentido se manifiesta Villacampa Estiarte⁹.

Según Lacruz López/Melendo Pardos, «a los efectos del art. 398 CP no tiene la consideración de certificado el documento que, aun haciendo constar una verdad, no haya sido elaborado por la autoridad o funcionario en el ámbito de sus competencias (SAP Lleida –Sección 2.ª– de 17 de mayo de 2010).

La ausencia de dolo falsario unida a la falta de riesgo de los intereses en juego hace que la actividad sea atípica por no causar perjuicio al tráfico jurídico (SAP Córdoba –Sección 2.ª– de 30 de mayo de 2002 y SAP Vizcaya –Sección 2.ª– de 23 de marzo de 2010)»¹⁰.

La Sentencia de Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 554/2022, de 6 de junio indica que «Cuando se trata de certificaciones emitidas por funcionario público o autoridad, se plantea la necesidad de distinguir los certificados de los documentos oficiales, cuya falsificación se sanciona con mayor pena».

lluvia, sin que ello se correspondiera con los datos facilitados por los peritos y centros meteorológicos en los que decía basarse. En esa sentencia se pretendió basar esa calificación, por un lado, en que la relación entre el CP artículos 390 y 398 no sería, como en general se sostiene, de especialidad, en tanto que «no toda certificación es documento oficial y no todo documento oficial es certificación» y, por otro, en «solo la gravedad y trascendencia de la alteración del instrumento documental puede ser un criterio determinante para señalar si se está ante una falsedad documental o de certificados», de modo que el CP artículo 398 habría de tener un carácter subsidiario, quedando reservado a «casos residuales y de escasa trascendencia» (TS 27-12-00, EDJ 49602).

Esta interpretación restrictiva fue finalmente incorporada al tenor literal de CP art.398.1.º por la LO 7/2012. En el vigente párrafo 2.º del CP artículo 398 se expresa que «este precepto no será aplicable a los certificados relativos a la Seguridad Social y a la Hacienda Pública», lo que se debe a que no se considera que tales certificados tengan, en ningún caso, una trascendencia tan escasa como para justificar el tratamiento privilegiado que el CP artículo 398 dispensa a los falsificadores. Sobre la relación entre CP artículos 390 y 398 antes y después de la LO 7/2012 se pronuncia TS 20-5-13, EDJ 78321; 17-12-14, EDJ 229493; 29-3-16, EDJ 25383; 9-4-19, EDJ 553338.

⁸ MARTINEZ-BUJÁN PEREZ, Revista Penal 35, 2015, p. 253.

⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, en: Álvarez García/González Cussac, Comentarios a la reforma penal de 2010, Valencia 2010. p. 450, quien por lo demás, se hace eco del concepto de certificado en la doctrina italiana, en la que se define como una declaración de ciencia o de conocimiento del funcionario público que no ha de referirse necesariamente a una actividad directamente desarrollada por él o que haya acontecido en su presencia, de manera que la declaración de hecho se anuda a circunstancias de hecho percibidas por otra persona o notorias.

¹⁰ LACRUZ LÓPEZ/MELENDO PARDOS (Coord.); Tutela penal de las administraciones públicas, 2.ª ed. Editorial Dykinson, S. L., Madrid, <https://online.elderecho.com>, 2015.

El certificado es un documento que acredita algún extremo de interés extraído de un expediente o documentación que obra a cargo de quien emite la certificación. Dicho de otra forma, el certificado se limita a acreditar una realidad existente en otro documento o expediente, que se encuentra bajo la autoridad o el control de quien emite la certificación. No tiene otra finalidad.

Aunque en la STS 432/2013, de 20 de mayo, se reseña que: «No está de más añadir que el criterio diferenciador entre las falsedades en los certificados y los documentos oficiales no es tajante y «sólo la gravedad y trascendencia de la alteración del instrumento documental puede ser un criterio determinante para señalar si se está ante una falsedad documental o de certificados» (STS 27 de diciembre de 2000)», la Jurisprudencia de esta Sala ha concretado su criterio y «(SSTS 2001/2000, de 27 de diciembre o 1/2004, de 12 de enero, entre muchas otras), ha establecido como criterio de diferenciación entre el delito de falsedad en documento oficial y los de certificación falsa de los artículos 397 ss. que, en los últimos, la información mendaz documentada solo cumple la función de advenir o acreditar hechos sin otras finalidades»¹¹.

Existe reticencias por parte de la Sala Segunda del Tribunal Supremo para la aplicación del artículo 398, por lo que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como en la STS de 7 de mayo de 2010, se aplica cuando la falsedad tiene escasa trascendencia, por todo ello el artículo 398 se reserva para casos residuales y de escasa trascendencia. Conforme indica Serrano Gómez: «La escasa trascendencia es una fórmula imprecisa que será difícil concretar en muchos casos. Jugará la discrecionalidad de los jueces. A vedes las certificaciones falsas carecen de trascendencia en el tráfico jurídico, pudiendo recurrirse a la vía administrativa»¹².

En el apartado segundo del artículo 398, se excluye su aplicación, cuando se trate de certificados relativos a la Hacienda Pública y la Seguridad Social.

III. HECHOS DEL CASO

Es necesario comprobar cuales son los hechos probados en la sentencia, su objeto y las razones del Tribunal que han dado lugar a esta doctrina jurisprudencial.

¹¹ Sentencia de Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, 554/2022, de 6 de junio, Rec.3642/2021, Ponente Colmenero Menéndez De Lurca.

¹² SERRANO GÓMEZ; Curso de Derecho Penal. Parte Especial, Lección 32, Editorial Dykinson, S. L., Madrid, <https://online.elderecho.com>, 2016.

Así nos encontramos que el acusado D. Bernabé era el secretario-interventor del Ayuntamiento de Madremanya y en fecha 9 de octubre de 2018, remitió, a los efectos del nombramiento del Juez de Paz y el Juez de Paz Sustituto, al Departament de Jutges de Pau del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dos documentos certificando que D.^a Fermina y D. Dionisio ostentaban la nacionalidad catalana, cuando en su DNI y padrón municipal constaba su nacionalidad como española.

El día 15 de noviembre de 2018 el TSJC, solicitó al acusado que subsanara el error que constaba en los certificados, sin que lo llegara a hacer, contestando mediante escrito de fecha 16 de enero de 2019 que no detectaba nada a corregir, solicitando le volvieran a indicar qué había que corregir de forma concreta.

El 5 de febrero de 2019 el TSJC procedió al nombramiento del Juez de Paz y Juez de Paz sustituto de Madremanya, indicando que el acuerdo de nombramiento era efectivo aun cuando el acusado había certificado una nacionalidad diferente a la española.

IV. ITINERARIO PROCESAL

El Juzgado de lo Penal n.º 1 de Gerona, con fecha 16 de junio de 2020, condenó al acusado como autor de un delito de falsificación de certificados, a la pena de 8 meses de suspensión de empleo o cargo público.

Esta sentencia fue recurrida en apelación por la representación procesal del acusado, dictándose por la Audiencia Provincial de Gerona, Sección Tercera, en fecha 22 de diciembre de 2020, la Sentencia n.º 451/2022, desestimando el recurso de apelación y confirmando la resolución recurrida.

La representación procesal del penado presentó recurso de casación alegando un único motivo de casación por infracción de ley, al amparo de los artículos 847.1.b) y 849.1 de la LECrim., alegando la vulneración del artículo 398 del Código Penal y por extensión, de lo previsto en los artículos 1.1, 4.1, 5, 10, 11, 12 y 14 del mismo cuerpo legal.

El Ministerio Fiscal interesó la inadmisión recurso de casación.

V. PRETENSIONES

El recurrente alegaba que el artículo 398 del Código Penal no contempla la comisión por imprudencia y que exige que la falsedad contenida en el certificado presente la «posibilidad de causar perjuicio», afectando a los «elemen-

tos esenciales del documento», que no se rectificaron los certificados, al no poder hallar el posible error, sin que existiese por su parte, mala fe ni negligencia, siendo apropiado atribuir la nacionalidad catalana a los candidatos propuestos, al tratarse de una «interpretación jurídica sin mayor importancia». Que desde el año 1999 había emitido periódicamente estos certificados haciendo constar la nacionalidad catalana, sin que el TSJC les pidiese corregirlos. Asimismo, que se procedió al nombramiento de los candidatos propuestos, sin que los certificados tuvieran ninguna trascendencia en el tráfico jurídico. Por tanto, que «existe fundamento jurídico más que suficiente para afirmar que la expresión «nacionalidad catalana» es una expresión constitucional que sustituye la expresión preconstitucional «vecindad civil catalana», y, en todo caso, asegura que, si no fuera así, su conducta estaría amparada por la existencia de un error (artículo 14 del Código Penal)»¹³.

VI. PROBLEMA JURÍDICO PRINCIPAL

El Tribunal Supremo, teniendo en cuenta que los hechos declarados probados cumplen con todos los requisitos objetivos del tipo penal y que en todo caso, el hecho de haber expedido certificados similares en otras ocasiones no priva de antijuridicidad a la conducta, al ser los certificados aptos para producir efectos de escasa trascendencia, debía determinar si la conducta sancionable por el ordenamiento jurídico penal constituye una efectiva puesta en peligro del bien jurídico, cuando la conducta del funcionario público que falta a la verdad al librar un certificado es irrelevante, en tanto no se podía acreditar la existencia de archivos, expedientes o documentación a cargo del acusado que afirmase la nacionalidad catalana que atribuye a los candidatos.

VII. MOTIVACIÓN JURÍDICA

En primer lugar, el Tribunal Supremo, sostiene que el condenado no incurrió en error sobre la base de haber expedido certificados similares en anteriores ocasiones. En primer lugar, porque se trata de un error irrelevante al ser el recurrente jurista (que asumió su defensa incluso en el procedimiento), y porque se apartaba con clara evidencia de la documentación

¹³ STS 290/2023, de 26 de abril, Sala Segunda, Rec. 1505/2021, Ponente Puente Segura.

obstante en el expediente. Así mismo priva de relevancia al hecho de que no concurriese requerimiento por parte del Tribunal Superior de Justicia para enmendar el supuesto error cometido o que de producirse fuera más o menos preciso, y ello por cuanto dicho requerimiento no era necesario ante la evidencia de la irregularidad plasmada documentalmente. Reseña igualmente que no es importante el bien jurídico afectado, por cuanto el propio tipo penal se ciñe a librar certificados «con escasa trascendencia en el tráfico jurídico».

Centra su decisión la sentencia analizada en determinar sí, conforme al principio de lesividad, que cuando el comportamiento del autor carece de aptitud para lesionar el bien jurídico protegido, no existe reproche penal. Si bien el acusado realizó las certificaciones a los efectos del nombramiento del Juez de Paz y su suplente, alegando que los candidatos ostentaban la nacionalidad catalana, esta afirmación no constaba en ningún archivo o documento, tratándose de una circunstancia incierta, siendo la falta de correspondencia entre lo certificado y la realidad inofensiva e incapaz de producir ningún efecto jurídico, aun cuando su trascendencia fuera escasa.

Así, al no existir la nacionalidad catalana, y ser un «hecho notorio, de conocimiento elemental para el ciudadano común», el certificado emitido por el acusado, no consignaba una nacionalidad falsa, que pudiera generar una consecuencia jurídica indebida, sino que aludía a algo que no es una «nacionalidad». Para el nombramiento del Juez de Paz y su suplente, se exigen en el expediente administrativo que los candidatos ostenten la nacionalidad española y si el acusado les hubiera atribuido falsamente, una nacionalidad distinta en la certificación, se habría podido provocar algún efecto jurídico, pero en el supuesto analizado, el acusado les atribuye algo distinto de una nacionalidad, no una nacionalidad distinta, no produciéndose ningún efecto jurídico.

Lo anterior dio lugar a que el Tribunal Superior de Justicia requiriese al acusado para que procediese a la subsanación de «la circunstancia errónea que constaba en ambos expedientes» y aún no haciéndolo el acusado, se procedió al nombramiento de los candidatos propuestos, en tanto ambos ostentaban la nacionalidad española.

Por ello, las certificaciones libradas por el acusado, eran objetivamente falsas, en tanto no existía un archivo, documento o expediente que las verificase, produciendo escasa trascendencia en el tráfico jurídico, pero careciendo de cualquier aptitud para provocar algún efecto jurídico, tratándose de una conducta pueril e inofensiva, que no puede ser castigada penalmente.

VIII. DECISIÓN

El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por la representación procesal del penado y absuelve al acusado del delito de falsificación de certificado por el que fue condenado.

IX. VALORACIÓN CRÍTICA.

La doctrina adoptada por el Tribunal Supremo en este supuesto viene a ratificar la resolución adoptada en el ámbito administrativo por el Tribunal Superior de Justicia, en tanto el mismo procedió al nombramiento del Juez de Paz y su suplente, aún cuando no había sido subsanada por el penado la certificación, en lo que se refiere al requisito de su nacionalidad, por lo que el Tribunal Superior de Justicia, vino a avalar la validez de la certificación, no suponiendo ningún perjuicio para las personas propuestas el documento emitido por el penado.

Si, por el contrario, el Tribunal Superior de Justicia, no hubiera procedido al nombramiento del Juez de Paz y su suplente, por la supuesta falsedad de la certificación emitida por el penado y su falta de subsanación, sí se habría producido la lesión del bien jurídico, siendo aplicable lo establecido en el artículo 398 del Código Penal, de ahí la importancia a efectos del procedimiento penal, de la resolución adoptada por el Tribunal Superior de Justicia en el procedimiento administrativo.

Así, si se hubiera ratificado la condena por el Tribunal Supremo, nos encontraríamos ante una contradicción entre lo establecido en el ámbito administrativo y el penal, debiendo tener en cuenta que el ordenamiento penal es la última ratio y que el artículo 398 está previsto para los supuestos de escasa trascendencia, por lo que el supuesto enjuiciado, ni tan siquiera tendría esta consideración, sino que nos encontramos ante un supuesto de atipicidad por falta de lesividad.

En relación con el principio de lesividad, cabe recordar que la doctrina y la jurisprudencia han venido manifestando que «el principio de lesividad, ofensividad o exclusiva protección de bienes jurídicos significa que el Derecho penal solo debe intervenir frente a amenazas de lesión o de peligro para concretos bienes jurídicos»¹⁴, fijándose en este mismo sentido en la

¹⁴ DIAZ Y GARCIA CONLLEDO. El principio de lesividad u ofensividad. Breves reflexiones y ejemplos sobre su actual vigencia (debilitada). Un (modesto y sentido) homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. Gonzalo Quintero Olivares, Foro FICP 2018-3, p. 9.

STS 112/2021¹⁵ y que «emplean el criterio del bien jurídico en dos planos: en una dimensión político-criminal donde se discute qué bienes jurídicos son merecedores de tutela penal y trata de limitar el poder legislativo. Junto a ella coexiste la dimensión dogmática o exegética, orientada al aplicador de la norma, que primero deberá fijar el objeto tutelado»¹⁶. Para Luzón Peña «el legislador no está facultado en absoluto para castigar sólo por su inmoralidad o su desviación o marginalidad conductas que no afecten a bienes jurídicos, tiene un claro origen político-constitucional, de raíz liberal (artículo 1.1 CE: Estado de Derecho, libertad como primer valor), exigiéndose por los pensadores ilustrados (Beccaria, Hommel) un concreto daño al prójimo o a la sociedad para castigar la conducta (pues conforme a la idea del contrato social, sólo se admiten restricciones de derechos si son necesarias para proteger los derechos y libertades de todos)¹⁷. Conforme a estas consideraciones, coincidimos con la sentencia analizada en que no se puede sancionar la conducta de una autoridad o funcionario público, cuando falte a la verdad en la emisión de un certificado, si es irrelevante y no tiene trascendencia por cuanto se exige verdadera antijuridicidad material en la conducta, con una mínima afectación del bien jurídico protegido¹⁸. Por otro lado, en la STS 330/2023

¹⁵ STS, Sala Segunda, de lo Penal, 112/2021, de 11 de febrero. Rec. 1565/2019. Ponente MAGRO SERVET. «Se ha recordado por la mejor doctrina que el principio de lesividad, ofensividad o exclusiva protección de bienes jurídicos es un principio que parte de la idea de que el Derecho penal tiene como función la protección de bienes jurídicos, como intereses especialmente relevantes que han de ser tutelados. Este principio parte de la separación axiológica entre Derecho y moral: el Derecho no tiene la tarea de imponer o reforzar la moral. Por tanto, se excluye la sanción penal de los actos internos y solo se admite la legitimidad del castigo de conductas externas. Es más, esas conductas deben ser lesivas para un bien jurídicamente protegido. Por tanto, el principio de lesividad es fundamento también del Derecho penal del hecho, y excluye el Derecho penal de autor.

Se añade por otro sector doctrinal que la lesión del bien jurídico debe ser condición necesaria (aunque nunca suficiente) para justificar la prohibición y punición como delito de una conducta, por lo que sirve como elemento de garantía de la legitimación (o deslegitimación) de la actuación penal. En adición, es de una gran trascendencia porque es el *prius* lógico del principio de proporcionalidad, principio que opera esencialmente como un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones concretas de normas constitucionales».

¹⁶ ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC. Compendio de Derecho Penal. Parte General. 10.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2023, p. 248.

¹⁷ LUZÓN PEÑA. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. 3.^a ed. ampliada y revisada, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. Capítulo 2. el ius puniendi (la potestad punitiva), 2/13, p. 21.

¹⁸ En el mismo sentido, la STS, Sala de lo Penal, 905/2014, de 29 de diciembre. Rec. 465/2014. Ponente CONDE-PUMPIDO TOURÓN, «ha de ponderarse la relevancia del principio de lesividad con respecto a falsedades documentales idóneas para ocasionar perjuicios a terceros». Sobre el particular cfr AP de Guipúzcoa, Sección 1.^a, Sentencia 109/2006, de 28 de marzo, Rec. 1041/2006, Ponente SUBIJAN ZUNZUNEGUI. «Analizando las funciones asignadas al documento a la luz del principio de lesividad (principio que exige, para dotar de tipicidad a un comportamiento que constituya un peligro o lesión del bien jurídico protegido), debe concluirse que sólo cuando la mutación del soporte es idónea para alterar alguno de los efectos jurídicos anudables al documento cabe afirmar la tipicidad de la conducta mendaz. En otras palabras, el desvalor de la conducta falsaria precisa, para alcanzar relieve típico, no solo la presencia de

se establece que «la aplicación de un criterio de atipicidad en aplicación del principio por el que pretende afirmarse que el legislador no puede castigar como delito conductas que no supongan la afectación de algún bien jurídico confunde este principio con el de lesividad, conforme al cual, el derecho penal debe proteger bienes jurídicos, pero no todos ni frente a cualquier ataque, pues el derecho penal es subsidiario y fragmentario, de manera que solo debe proteger los más esenciales y frente a los ataques más intolerables»¹⁹.

Si lo manifestado en el certificado y la realidad no se corresponden, resultando inofensivo e incapaz de provocar efecto jurídico alguno, aún cuando tenga escasa trascendencia, no puede realizarse reproche penal al autor de los hechos.

una conducta mendaz (antijuridicidad formal) sino también la concurrencia de un riesgo típicamente relevante (antijuridicidad material). De ahí que el propio Tribunal Supremo haya tenido ocasión de afirmar que el principio de lesividad aconseja distinguir, a efectos punitivos y sin dogmatismos previos, entre aquellas falsedades documentales que son idóneas para ocasionar un perjuicio a los terceros y las que carecen de tal aptitud (STS de 18 de noviembre de 1998); o que en última instancia lo que se protege con la punición de las falsedades no es tanto la verdad como la función que los documentos están llamados a desempeñar en la vida jurídica (STS de 26 de febrero de 1998)».

¹⁹ STS, Sala Segunda de lo Penal, 330/2023, de 10 de mayo, Rec. 3629/2021, Ponente MAGRO SERVET.

CAPÍTULO LXVIII

EL DELITO DE CORRUPCIÓN DEPORTIVA. REFLEXIONES SOBRE UNA FIGURA EN EL OJO DE HURACÁN

ALFONSO GALÁN MUÑOZ
Catedrático de Derecho Penal.
Universidad Pablo de Olavide. Sevilla

I. DE SU CUESTIONADA INTRODUCCIÓN AL AUGE DE UN DELITO CONTROVERTIDO

El delito de corrupción deportiva ha sido controvertido desde su nacimiento. No es solo que nuestro legislador justificase su introducción, producida con la LO 5/2010, aludiendo a la Decisión Marco 2003/568/JAI, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, que en modo alguno exigía, por lo menos de forma expresa, que el Derecho penal entrase a regular conductas corruptas específicamente deportivas. Es que, además, la concreta definición de su bien jurídico, de su injusto y la previa existencia de una muy desarrollada normativa extrapenal referida a los supuestos de los que se ocupa llevaron a algunos autores a considerar su introducción como innecesaria y poco respetuosa con el principio de intervención mínima¹, no faltando incluso quien, de forma ciertamente temeraria y tras un análisis claramente superficial, llegó a afirmar que, de hecho, nos encontrábamos ante un delito carente de cualquier bien jurídico protegido.

Lo cierto y verdad es que fueron pasando los años y, pese a la polémica suscitada, el delito no encontró aplicación práctica. Parecía, entonces, que

¹ CORTÉS BECHIARELLI, El delito de corrupción deportiva, 2012, p. 77.

volveríamos a encontrarnos ante un ejemplo más de ese Derecho penal simbólico al que lamentablemente ya nos tiene acostumbrado nuestro legislador², sin que las reformas que se efectuaron posteriormente, con respecto a este delito, vinieran a cambiar dicho panorama.

Así, el cambio realizado directamente sobre la figura aquí comentada por la LO 1/2015, que vino a concretar y ampliar el círculo de competiciones sobre las que el delito de corrupción deportiva podría aplicarse, pasando de ser solo las «*profesionales*» a las competiciones deportivas «*de especial relevancia económica o deportiva*», en modo alguno llevó a que dicho delito encontrase un mayor predicamento. Pero tampoco lo hizo el generado indirectamente sobre dicho delito por la modificación efectuada por la LO 1/2019 en el de corrupción en los negocios, al que el delito de corrupción deportiva se remite para definir muchos aspectos de su tipo de injusto, y que vino a determinar que ambas figuras no exigiesen ya, para poder ser apreciadas, que los sobornos de los que cada una de ellas se ocupa se tuviesen que realizar con el fin de obtener un comportamiento por parte del sobornado que, en caso de llevarse a cabo, supusiese una infracción de las obligaciones que le correspondían.

Pese a la evidente expansión del ámbito típico que ambas reformas supusieron para el delito aquí comentado, ninguna de ellas llevó a que el número de casos, procedimientos y, sobre todo, de condenas relativas al mismo aumentase.

Sin embargo, hace ya algún tiempo que el delito de corrupción deportiva ha pasado a ocupar los titulares de nuestra prensa y a llamar la atención de la opinión pública. Ello se ha debido, especialmente, a la producción de dos casos de enorme trascendencia mediática que, además de serlo, han puesto a prueba y han fomentado el debate no solo sobre su actual configuración típica, sino también sobre cuál podría o debería ser su futuro. Estamos hablando del conocido «caso Osasuna» y también, como no, del desgraciadamente célebre «caso Negreira».

II. CASOS Y PROBLEMAS DEL TIPO BÁSICO DEL DELITO DE CORRUPCIÓN DEPORTIVA

El primero de los casos citados, el «caso Osasuna» está referido al supuesto que se dio cuando en la temporada 2013/2014 del campeonato nacional de primera división de fútbol, varios directivos del Club atlético Osasuna, que en aquel momento se jugaba la permanencia de la categoría, contactaron con algunos jugadores del Real Betis balompié, equipo ya descendido de categoría

² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/CERINA, Algunos problemas del nuevo delito corrupción en el deporte, RGDP, 18 (2012), p. 11.

y con el que el Osasuna se enfrentaba en las siguientes jornadas, pactando con ellos el pago de diversas cantidades de dinero a cambio de que se dejasen ganar cuando jugasen contra el Osasuna y también de que consiguieran ganar al Real Valladolid club de fútbol, rival directo del Osasuna por la permanencia y con el que el Betis enfrentaba en la jornada anterior al vital partido a celebrar en Pamplona. Así lo hicieron. De hecho, el Betis, ya descendido y que no se jugaba nada, ganó al Valladolid 4-3 y perdió, posteriormente, contra el Osasuna 2-1; resultados que, pese a todo, no impidieron que el Osasuna terminara bajando de categoría. Sin embargo, y pese a ello, lo que sí que determinaron las referidas actuaciones es que se abriese el correspondiente procedimiento penal contra todos los involucrados en los hechos, procedimiento que terminó con su inicial condena por parte de la Audiencia Provincial de Navarra (STA 111/2020, de 23 de abril) por la comisión, entre otros delitos, de uno de corrupción deportiva derivado, según afirmaba la sentencia, tanto de los pagos prometidos y realizados para conseguir que el Betis se dejase ganar, como por los que tendieron a conseguir que ganase al Real Valladolid.

La sentencia fue polémica, sobre todo, aunque no solo, porque admitía la tipicidad de unas conductas cuya subsunción en el delito de corrupción deportiva había sido y continúa siendo objeto de un vivo debate doctrinal. Hablamos, como no, de las conocidas como «primas a terceros», conductas que consisten, básicamente, en ofrecer pagos a deportistas no pertenecientes a la entidad pagadora, para que hagan todo lo posible para ganar a otro, con el que el pagador generalmente se encuentra en directa competencia.

La polémica referida a la posible relevancia típica de este tipo de actuaciones venía de lejos y es por ello, por lo que no puede sorprender que el que la AP de Navarra las considerase como típicas del delito del art. 286 bis. 4 CP fuese precisamente uno de los posicionamientos de su sentencia que fue objeto del recurso de casación que se planteó contra la misma; recurso resuelto por nuestro Tribunal Supremo en su sentencia 61/2023, de 13 de enero, donde se han realizado una serie de consideraciones que no podemos pasar por alto con respecto a este tipo de conductas.

Lo primero que señala el Alto Tribunal es que se considera evidente que los pagos realizados por entidades deportivas a sus propios jugadores, por ganar, no podrían tener relevancia penal alguna, ya que son cantidades perfectamente lícitas asimilables a los conocidos como «plus de productividad» que muchas empresas dan a sus empleados. De forma similar, considera el tribunal que por más que las primas a terceros, esto es, las pagadas por ganar por diferentes entidades a aquella a la que perteneciese el pagado, pudiesen ser inicialmente consideradas como conductas subsumibles en la actual tipificación del

delito de corrupción deportiva, ello en modo alguno determinaría que su realización viniese a poner en tela de juicio aquel valor o bien jurídico que este delito vendría a proteger y que se entiende referido al juego limpio, ya que dichos posibles pagos en nada alteran el funcionamiento de la competición, al tender a motivar a los deportistas para que hagan lo que tienen que hacer. Esto es, ganar. Entendió, entonces, el TS que, si bien las primas a terceros podrían ser incluso consideradas como formalmente antijurídicas de este delito, no presentarían la antijuridicidad material que requerirían para poder ser castigadas conforme al mismo, algo que, además, también quedará excluido, según se mantiene en la resolución comentada, como consecuencia de que, al exigir su tipo de injusto que su conducta se realice para «predeterminar o alterar» el resultado de la competición deportiva y no estar en manos exclusivamente del deportista pagado por ganar el alcanzar el resultado por el que se le paga, como si acontece en los casos en los que se comprometa a perder, tampoco se podrá apreciar en la realización de este tipo de actuaciones la concurrencia de la referida intención tímica.

Además de todo lo anterior, también excluiría, a juicio del tribunal, la posible calificación de este tipo de conductas como delito de corrupción deportiva el hecho de que esta figura solo castigue los pagos que sean considerados como injustos, algo que, según afirma, resulta difícil de decir cuando los realizados en estos supuestos se hacen, prometen o solicitan para que el deportista cumpla con su obligación de ganar, siendo, por otra parte, unos pagos que se encuentran perfectamente regulados y castigados por el Derecho administrativo sancionador en la materia, lo que aconseja dejarlos en dicho ámbito, excluyéndose, por tanto, su sanción penal en atención al carácter subsidiario que siempre ha de tener el uso de esta rama del Derecho.

Se recogían así, en realidad, muchas de las posturas y argumentos contrarios a la subsunción y castigo de las primas a terceros en el delito del art. 286.4 CP, que habían ido adoptando la mayor parte de la doctrina que se había ocupado de estos casos, existiendo algunos autores que también negaron su posible subsunción y castigo por esta figura, junto a dichas razones, por entender que este tipo de pagos o promesas no suponían la realización de ninguna conducta engañosa, con lo que difícilmente podrían ser castigados por un delito, como el de corrupción deportiva vigente, que expresamente exige que se cometa con la finalidad de predeterminar o alterar de manera «fraudulenta» el resultado de la prueba o competición deportiva de que se trate³.

³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Aspectos problemáticos del delito de corrupción deportiva: especial atención a las primas por ganar, en Ferré Olivé y otros (Ed.) Homenaje al profesor Ignacio Berdugo Gó-

Entrando ya en el segundo de los casos recientes que han venido a poner a la corrupción deportiva en el ojo del huracán, el conocido como caso «Negreira», hay que señalar que es un caso cuyo objeto de controversia se centra en otro cuestionado aspecto del delito aquí analizado: el referido a la delimitación de sus posibles autores que efectúa su tipo de injusto.

El referido caso, que, a diferencia del anterior, aún se encuentra *sub júdice*, está referido a los pagos que el Fútbol club Barcelona efectuó durante años a José María Enríquez Negreira, exárbitro de fútbol español mientras era vicepresidente del Comité Técnico de Árbitros (CTA), supuestamente por su asesoramiento técnico con respecto a los arbitrajes que podrían realizar los árbitros en ejercicio, pero que se sospecha pudieron llevarse a cabo, precisamente, para influir en él a la hora de evaluar a los árbitros que se considerase que habían perjudicado (o no beneficiado) al referido club de fútbol o directamente para que influyera en aquellos sobre los que tuviera cierta ascendencia para que beneficiara al referido club⁴.

Aparte de los evidentes problemas probatorios a los que se enfrentará el procesamiento del referido exárbitro, el caso resulta técnicamente interesante, ya que, al no ser éste, en el momento de recibir los pagos, árbitro, parece que no reuniría las condiciones exigidas por el delito de corrupción deportiva pasiva para poder ser sujeto activo del mismo.

Como ya señalamos, el delito de corrupción deportiva define la mayor parte de su injusto mediante una remisión a las dos figuras que las preceden. La de corrupción en los negocios, en su modalidad pasiva, del artículo 286 bis 1 CP y la de corrupción en los negocios, en su forma activa, del artículo 286 bis 2 CP, distinguiéndose de dichos delitos, por tener que ser cometido con «*finalidad de predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva*», en lugar de para favorecer o verse favorecido indebidamente «*en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales*» y por establecer que las conductas que castiguen las figuras que le preceden y las penas que establecen para sus autores serán aplicables, en el caso de la corrupción deportiva, «*en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces*» (la negrita es nuestra).

mez de la Torre, Vol. 2, 2022 p. 571.

⁴ <https://elpais.com/deportes/2023-03-15/la-jueza-admite-la-denuncia-de-la-fiscalia-y-ordena-a-la-guardia-civil-que-averigue-el-motivo-de-los-pagos-del-barca-a-negreira.html> (ult. vis. 13-8-2023).

Esto último, en opinión de la doctrina mayoritaria, determina que los delitos de corrupción deportiva, en sus modalidades pasiva y activa, queden configurados como figuras especiales, ya que, mientras el primero (el de corrupción pasiva) solo podrá ser cometido por «*los deportistas, árbitros o jueces*», el de corrupción deportiva activa solo podrá serlo por «*los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva*», lo que contrasta claramente con el hecho de que el delito de corrupción activa en los negocios se configure, en el artículo 286.2 CP, como una figura común que puede ser cometida por cualquier persona al castigar a quien «*por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad*» un pago para que le beneficie en la adjudicación de contratos⁵.

Esta configuración del delito de corrupción deportiva ha sido ampliamente criticada por la doctrina, entre otras cosas, porque deja fuera del ámbito de aplicación de la modalidad activa de esta figura, por ejemplo y entre otros, a los aficionados carentes de vinculación directa con una entidad deportiva que pudieran tratar de sobornar a deportistas o árbitros para beneficiar al equipo de sus amores, a los propietarios de las entidades que no actúen como directivos de la misma, pero que traten de beneficiarla mediante sobornos o, incluso, a las grandes organizaciones criminales que, como la realidad internacional nos ha demostrado, no es raro que sobornen a deportistas para predeterminar un resultado y manipular así las apuestas conectadas con el mismo en su beneficio⁶.

No puede sorprender, entonces que la referida configuración también haya sido cuestionada, precisamente, por dejar a Negreira fuera del ámbito de

⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Aspectos problemáticos ... 2022, p. 565; MARTÍNEZ, BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico y de la empresa, 2019, pp. 425 ss; GALÁN MUÑOZ, Manual de Derecho penal económico y de la empresa, 2023, p. 225; ALZINA LOZANO, aunque considera dudoso el posible castigo de los aficionados que realicen dicho tipo de conductas, La relación entre la acción típica y el bien jurídico protegido para determinar el delito de corrupción en el deporte, RECPC 24-19, p. 16, entre otros. Se muestra, sin embargo, a favor de considerar este delito como delito común, por su simetría con el de corrupción en los negocios y atendiendo precisamente a la necesidad de castigar los casos referidos a criminalidad organizada, SÁNCHEZ BERNAL, El delito de corrupción deportiva tras la reforma de 2015, 2018, pp. 111 y 114.

⁶ Así, el conocido caso «Hoyzer», comentado por CANO PAÑOS, producido en Alemania, donde un árbitro de fútbol fue sobornado por la mafia Croata para predeterminar el resultado de varios partidos, con el fin de obtener significativos beneficios a resultas las apuestas referidas a los mismos: v. CANO PAÑOS, en Morillas Cueva (dir.), Las recientes reformas de los delitos de corrupción en el deporte en el Derecho penal alemán, Respuestas jurídicas al fraude en el deporte 2017, pp. 324 ss.; o el acontecido en la liga brasileña, y que comenta CASTRO MORENO, donde el Tribunal Superior de Justicia Deportiva de Brasil anuló los resultados de once partidos de Liga ante el descubrimiento de que un árbitro había sido sobornado por una red mafiosa de apuestas por internet: v. CASTRO MORENO, El delito de corrupción en el deporte, en Palomar Olmeda/ Pérez González, (coord.) Derecho Deportivo Legislación, Comentarios y Jurisprudencia, 2019, p. 899.

posibles sujetos activos de su modalidad pasiva, ya que, ni era deportista, ni era arbitro en activo cuando se le hicieron los pagos por los que se le está investigando. Tampoco podía decidir sobre posibles litigios o conflictos que se pudieran dar en la competición, con lo que no se le podría tener por juez a estos efectos. De hecho, ni siquiera tenía competencia, en su calidad de miembro del comité técnico de árbitros, para poder incidir directamente en la designación de aquellos que fuesen a pitar a dicho club, con lo que difícilmente podría alterar fraudulentamente el resultado de los encuentros o competiciones en los que el F. C. Barcelona tomase parte, haciéndose ciertamente complicado que pudiese pedir, aceptar o recibir pagos tendentes a conseguir tal efecto, tal y como exige el delito de corrupción deportiva pasiva del artículo 286 bis.4. de nuestro Código penal para poder ser apreciado.

Siendo esto así podríamos pensar que nos encontramos ante un delito no solo cuestionable, sino también ante uno que resulta del todo ineficaz a la hora de responder a muchos de los casos más graves de corrupción en el deporte. Ni podrá aplicarse a los casos de primas a terceros, ni tampoco sirve para poder hacerlo con los pagos, solicitudes o promesas que se haga en casos como el Negreira y en otros supuestos de corrupción mucho más claros y graves que éste, como los realizados desde una organización criminal para incidir sobre las apuestas deportivas.

¿Qué sentido tiene entonces este delito? ¿Es que no se está siendo interpretado de forma adecuada y, por ello, no se aplica como debería? ¿O es que está incorrectamente configurado y, por tanto, habría que reformarlo?

III. HACIA UNA DELIMITACIÓN INTEGRADORA: EL DELITO DE CORRUPCIÓN DEPORTIVA COMO UN DELITO CONTRA LA LEAL COMPETENCIA

Como hemos podido comprobar, el delito de corrupción deportiva presenta muchas incertezas. No es solo que tenga un origen dudoso, un bien jurídico poco claro o que sea objeto de críticas por parte de aquellos que rechazan su necesidad o legitimidad. Es que, además, muchos de los elementos delimitadores de su injusto están siendo interpretados de formas bien diversas, lo que está llevando a nuestros tribunales a aplicarlo de forma ciertamente contradictoria.

Evidentemente, resulta imposible analizar en estas breves páginas, con la profundidad necesaria, todos y cada uno de los problemas que las dos modalidades de este delito presentan, pero sí que nos gustaría aprovecharlas para realizar unas breves reflexiones tendentes a dotar a sus injustos de una inter-

pretación congruente, paso previo necesario para adoptar una posición sobre sus posibles mejoras.

En este sentido, creemos que el punto de partida adecuado para definir los injustos típicos de estas figuras viene dado por considerar que nos encontramos ante delitos que lejos de proteger bienes tan etéreos y de valor tan cuestionable, a efectos de justificar su protección penal, como los del *fair play*⁷ o la integridad deportiva⁸, defendidos por algunos, o los de la libre competencia, como han sostenido otros⁹, lo que tutelan es el mismo valor o bien jurídico que protegen aquellas figuras a las que remite la definición de la mayor parte de sus elementos típicos. Esto es, el mismo bien jurídico que tutelan los delitos de corrupción en los negocios, que viene delimitado por la leal competencia, entendida como aquel valor económico que garantiza que ningún competidor podrá alcanzar una posición de predominio o superioridad, en el mercado, frente a otro, gracias a la realización de determinadas conductas ilícitas¹⁰.

A nuestro entender, éste es el bien jurídico común a todos los delitos contenidos en el artículo 286 bis CP. Así lo demuestra que el preámbulo de la LO 5/2010, que los introdujo, afirmase que estas figuras protegían la «*competencia justa y honesta*». Pero también que se hayan ubicado en el capítulo XI del título XIII del libro II del Código penal intitulado «*De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores*», algo que denota claramente el marcado carácter económico de todos estos delitos y, por ello, también de los de corrupción deportiva.

Ahora bien, este hecho no debe llevarnos a pensar que dicho bien jurídico esté referido a idénticos sectores económicos en todos los delitos incluidos en el citado artículo, ya que, mientras la corrupción en los negocios de los primeros dos apartados del art. 286 bis CP tutelan la leal competencia entre empresarios en el mercado de bienes y servicios, al delimitar su ámbito de protección a los ataques que se realicen «*para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales*», el de corrupción deportiva lo hace específicamente

⁷ CORTÉS BECHIARELLI, El delito de corrupción deportiva, Ed. Tirant lo Blanch, 2012, pp. 64 ss.

⁸ BENITEZ ORTÚZAR, El delito de fraudes deportivos: Aspectos criminológicos, político-criminales y dogmáticos del artículo 286 bis. 4 del Código Penal, 2011, p. 119.

⁹ BAÑERES SANTOS, La corrupción entre privados, en Quintero Olivares (dir.) La reforma penal de 2010, 2010, p. 248. No compartimos esta posición, ya que consideramos que la libre competencia es aquel valor referido a la libertad que tienen todos los ciudadanos de poder acceder a un mercado, con lo que se ve afectado por las conductas que impiden o restringen el acceso al mismo, algo que, evidentemente, nada tiene que ver con el caso que nos ocupa.

¹⁰ Así lo define con respecto a la corrupción internacional FELJOO SÁNCHEZ, La corrupción pública en actividades económicas internacionales del art. 286 ter del Código Penal como delito contra el mercado, 2021, p. 29 ss.

con relación a las competiciones deportivas, al castigar solo los actos corruptores que tengan por «*finalidad predeterminedar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva*».

Así pues, la competencia leal que se tutela en el delito aquí analizado es aquella que se ha de dar en las competiciones deportivas. No en cualquier otro aspecto o parcela del mercado o de la realidad social. Ahora bien, en lo que sí que coinciden todas estas figuras es en que no tutelan dicho valor frente a todos los ataques que se pueden realizar frente al mismo. Solo lo hacen frente a aquellos que se efectúen mediante pagos o promesas de pagos y por determinados sujetos frente a otros.

Es evidente que la leal competencia puede ser atacada de muy diversas formas. Sin embargo, solo los ataques realizados mediante corrupción pueden ser objeto de castigo por el vigente delito del artículo 286 bis 4 del Código penal español. Un delito, eso sí, que se considerará completo y consumado con que los actos de los que habla (solicitar pagos, ofrecerlos, aceptarlos, etc...) se realicen con la finalidad, esto es, meramente con la intención, de predeterminedar o alterar el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva¹¹. No se necesitará entonces que su autor alcance el resultado deportivo perseguido para poder apreciar su consumación. De hecho, ni siquiera hace falta que se llegue a alcanzar aquel acuerdo entre pagador y pagado cuya ejecución otorgaría, de forma efectiva, a alguien (generalmente el que paga) una posición competitiva desleal y ventajosa con respecto a terceros¹² y menos aún, entonces, que el acto corruptor en cuestión llegue a determinar alguna afectación, siquiera potencial, con respecto al patrimonio de los potenciales competidores en liza. Bastará con realizar una de las referidas actuaciones corruptas, con el fin de alcanzar un acuerdo tendente a alterar el resultado de una competición, para apreciar la consumación delictiva. Ello convierte a este delito, en sus dos modalidades comisivas, en una figura de mera actividad y de peligro para la leal competencia, que, por otra parte, no requiere, para poder ser apreciado, que su realización tienda o sea apta para afectar los legítimos intereses competitivos de terceros concretos, determinados o determinables.

¹¹ Estamos ante un elemento subjetivo del injusto y no ante un requisito referido a la idoneidad objetiva de la actuación típica de este delito, como señala SÁNCHEZ BERNAL, *El delito de corrupción deportiva...* 2018, p. 125.

¹² MARTÍNEZ GONZÁLEZ, *Corrupción privada y corrupción en el deporte*, en González Cano (dir.), *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: Reflexiones sobre algunos aspectos de la investigación y el enjuiciamiento en el espacio europeo de justicia penal*, 2015, p. 196.

En efecto, no hará falta que el soborno o pago solicitado, prometido o realizado tenga que mostrarse, en el caso concreto, como lesivo para los legítimos intereses competitivos de uno o varios sujetos determinados o determinables, para que este delito pueda castigar su realización, configurándose así la corrupción deportiva como una figura protectora de la leal competencia entendida como un bien jurídico supraindividual, institucional y general, y no como uno definido por los concretos intereses de competidores individuales, lo que, evidentemente, explica que este delito no esté entre los que, conforme a lo establecido en el artículo 287 CP, requieren de denuncia previa del ofendido para poder ser perseguidas.

Estamos, por tanto, ante un delito de peligro que tendrá a la leal competencia en el deporte, entendida en un sentido institucional y socioeconómico, como referente de la antijuridicidad de los injustos de sus dos modalidades, que, además y como hemos visto, solo podrá ser cometido como autores por determinados sujetos, hechos ambos que, a nuestro modo de ver, están muy relacionados y tienen importantes efectos a la hora de delimitar adecuadamente este delito.

El primero y más evidente será que, al tenerse a la leal competencia en el deporte en su faceta socioeconómica, y no puramente deportiva, como el referente de su antijuridicidad, no se podrá apreciar la comisión de este delito cuando los pagos realizados, solicitados o prometidos al deportista procedan de la propia entidad a la que éste pertenece y respondan a sus intereses competitivo-económicos. Piénsese no solo en las primas por ganar que los clubes pagan a sus jugadores, sino también, y por ejemplo, en aquellos supuestos en los que se les motiva desde su propio equipo, por poner un caso, con una promesa de renovación, para que no ganen, sino empaten o incluso para que pierdan con su próximo rival, ya que tal resultado haría que el equipo pudiese evitar un peligroso cruce en la siguiente ronda del torneo o que el equipo pueda elegir preferentemente en la siguiente selección de jugadores, como sucede, por poner un caso, con los draft de jugadores en la NBA.

Estas últimas actuaciones pueden ser antideportivas, pero responden, indudablemente, a los intereses económico-competitivos de las entidades que las realizan, ya que resultan objetivamente beneficiosas para su futuro devenir competitivo, siendo efectuadas, además, con los propios recursos personales y materiales de la entidad, no arrogándose, por tanto, ésta, al efectuarlas, una posición competitiva ventajosa que no les correspondería. Podrá considerarse, entonces, que estamos ante actos contrarios al *fair play*, a la denominada integridad deportiva o incluso a la correcta u honesta competencia en sentido deportivo, lo que podrá justificar que sean objeto de sanción administrativa, pero en modo

alguno podrá decirse que estemos ante conductas que afecten a la leal competencia entendida en sentido socioeconómico, como exige el artículo 286 bis. 4 CP, ya que, lo que hacen los implicados en su realización es, precisamente, competir, utilizando los recursos y opciones que tienen, para buscar la mejor posición para sus intereses.

Ahora bien, dado que el bien jurídico de este delito es la leal competencia en el deporte y no otros aspectos del correcto desarrollo de la competición, tampoco podrán ser castigadas por él las conductas en las que no estén involucrados, como responsables o destinatarios, competidores. La lealtad competitiva se predica solo entre competidores y esto es, precisamente, lo que explica, a nuestro entender, que el legislador español se haya decidido a circunscribir el delito de corrupción deportiva tan solo a aquellas conductas corruptoras que sean realizadas o se dirijan a «*los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva*». Esta delimitación es ciertamente cuestionada y cuestionable, ya que, como vimos, deja al margen del tipo básico de esta figura a actos corruptores tan lesivos, como los realizados por las organizaciones criminales implicadas en el amaño de apuestas, pero responde perfectamente a la razón de ser del tipo básico de este delito. Esto es, tutelar la leal competencia y no el juego limpio, el correcto devenir de la competencia deportiva como tal o, incluso, los intereses patrimoniales que terceros (p. ej. apostantes) pudieran tener en el correcto desarrollo deportivo de la competición.

Partiendo de esta delimitación del injusto, podremos adoptar una postura propia con respecto a los problemáticos casos planteados en los últimos tiempos e incluso podremos también señalar, aunque sea brevemente, algunos aspectos que, a nuestro juicio, sería conveniente reformar en el delito de corrupción deportiva vigente en España.

IV. CASOS PROBLEMÁTICOS Y PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

Atendiendo a la delimitación del injusto del delito de corrupción deportiva que hemos realizado, no nos quedará más remedio que entender que el primero de los casos de los que hablamos anteriormente, el referido a las primas por ganar del caso Osasuna, resulta perfectamente subsumible y sancionable por el delito aquí analizado. Lo es, en primer lugar, porque, aunque la conducta de la que se ocupa pueda no ser contraria al *fair play*, al haberse pagado a un tercero para que gane y no para que pierda, sí que lo será para poder afectar a la competencia en el deporte, ya que los pagos efectuados tendieron, evidentemente, a colocar al Osasuna en una posición de ventaja competitiva

desleal con respecto a todos sus adversarios, al permitirle contar no solo con sus recursos, sino también con los del Betis al competir con ellos. Además, y respondiendo a algunos de los argumentos utilizados para negar la tipicidad de esta conducta, dicho pago tendría que ser considerado como no justificado, no solo porque su realización infrinja la normativa administrativa deportiva aplicable, lo que ya lo convierte en ilícito e injusto, sino también, porque ni existe un derecho por parte del posible receptor a recibirlo, ni tampoco hay una obligación por parte del posible pagador a realizarlo, con lo que nunca podrá considerarse como justificado, que es lo que el delito de corrupción deportiva exige para ser apreciado y no que sea antideportivo, injusto o ilícito, como algunos parecen entender.

También sería, por otra parte, un pago realizado con la finalidad de alterar el resultado del partido y de la competición en cuestión, tal y como exige dicho delito. Su realización pretendía alterar el resultado y, de hecho, posiblemente lo alteró, al motivar a unos jugadores, los del Betis, para ganar un partido en el que ya no se jugaban nada, siendo un claro error el entender, como hace el TS en la STS 63/2023, que solo los pagos por perder serían idóneos para poder apreciar tal elemento típico, al ser los únicos que pueden garantizar la consecución de un resultado deportivo. Este planteamiento es erróneo, a nuestro juicio, porque olvida que el tipo castiga tanto el buscar predeterminar el resultado (esto es, buscar garantizarlo), como el intentar simplemente alterarlo (es decir, tratar de cambiarlo sin estar garantizado que se consiga). Pero también lo es, porque parece desconocer que, por más facilidades que un árbitro, un equipo o un deportista dé a otro u otros para que ganen (provocando penaltis, cometiendo errores intencionados, etc...), nada garantiza, en determinados deportes, que el beneficiado no termine desaprovechándolas todas y no alcance así el resultado perseguido por el pago, por más que éste sea el de que su receptor pierda.

Finalmente, señalar que tampoco existe, a nuestro juicio, problema alguno para que se haya de entender que el pago por ganar, realizado por los directivos del Osasuna, sería un pago tendente a alterar dicho resultado de una forma fraudulenta. No porque se utilizase un engaño para hacerlo, como exigen algunos para apreciar dicha cualidad, sino porque se hizo de forma subrepticia, oculta y defraudando las legítimas expectativas y confianza del resto de competidores, que es lo que convierte en fraudulentos tanto a los pagos por ganar, como a los pagos por perder, donde tampoco, por cierto, tiene por qué haber engaño como tal.

Por otra parte, y entrando ya en el análisis del segundo de los casos planteados, el caso Negrera, habrá que entender que el delito de corrupción deportiva tiene una escasa posibilidad de aplicación, salvo que se pruebe que lo que

hacia el referido exárbitro era de intermediario en los pagos realizados desde el F. C. Barcelona a árbitros en ejercicio con la finalidad de que estos incidieran en los resultados de algunos partidos o competiciones, lo que permitiría considerarlo como cooperador necesario de dicho delito. Otra cosa será que el amplio concepto de funcionario del artículo 24 de nuestro Código penal abra la posibilidad de tener a Negreira como tal y de poder considerarle, consecuentemente, como sujeto activo de un delito de cohecho pasivo. O que se pruebe que se le pagaba para que usase la influencia personal que pudiese tener sobre ellos para que beneficiasen a dicho club, lo que abriría las puertas a la aplicación del delito del art. 430 CP. Pero lo que nunca se le podrá considerar es como autor del delito de corrupción deportiva pasiva al no ser uno de los posibles autores de dicha modalidad delictiva, ya que ni era árbitro, ni juez, ni deportista.

Se pone así de manifiesto, en cualquier caso, uno de los grandes problemas a los que se enfrenta el delito de corrupción activa deportiva vigente. Limita su ámbito de aplicación a los competidores, algo que no parece políticocriminalmente adecuado y que, de hecho y a nuestro juicio, tampoco responde a las exigencias incriminatorias del artículo 15 del Convenio sobre manipulaciones deportivas del consejo de Europa, aprobado en Estrasburgo el 6 de octubre de 2014, donde se obliga a castigar penalmente las manipulaciones de competiciones deportivas realizadas mediante corrupción sin distinguir quien las pueda realizar.

Es por ello, por lo que consideramos que sería conveniente reformar esta modalidad del delito de corrupción deportiva para convertirla en una figura común. Ello supondría, en cualquier caso, que este delito dejase de proteger la leal competencia en el deporte para pasar a hacerlo con el correcto desarrollo de la competición en general; bien jurídico este, por otra parte, cuya mera afectación cuestionablemente podría legitimar la intervención penal y, menos aún, una tan anticipada como la que representan los delitos anticorrupción actualmente vigente. Esto es lo que nos lleva a entender que sería conveniente limitar su tutela penal a aquellos casos en los que la afección del referido valor aparezca ligada a la simultánea puesta en peligro de intereses socioeconómicos de suficiente importancia para justificar que se le otorgue tan amplia tutela¹³. Unos intereses que pueden venir dados, por ejemplo, por la exigencia de que la competición afectada por la conducta corruptora efectuada sea una de las que el actual artículo 286 bis 4 CP define como de «*especial relevancia económica*», algo que limitaría la intervención penal a conductas dotadas de

¹³ Recordar, en tal sentido, como señala ALZINA LOZANO, La relación entre la acción típica... 2022, p. 3, que «...la industria deportiva supone algo más del 3% del PIB español».

suficiente gravedad y, además, la diferenciaría claramente de la administrativa, haciendo así que la nueva figura pudiese responder a las exigencias derivadas de los principios de intervención mínima y de *última ratio* que deberían regir un Derecho penal realmente racional.

CAPÍTULO LXIX

LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 197.7 DEL CÓDIGO PENAL POR LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO Y LA JURISPRUDENCIA

OCTAVIO GARCÍA PÉREZ

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Málaga

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, introdujo el art. 197.7 del Código penal que reza así:

«Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona.

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa».

Como veremos más adelante, la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, ha incluido otro párrafo en el artículo 197.7 a través de su disposición final cuarta.

El objeto de este trabajo es analizar la interpretación que los operadores jurídicos, Fiscalía y Tribunales, están realizando de la figura recogida en el primer apartado del artículo 197.7. La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015 indicaba que hasta ese momento el Código penal solo castigaba las conductas de apoderamiento de documentos, de interceptación de las comunicaciones o de control del sonido o la imagen siempre que se ejecutasen sin el consentimiento del titular de la intimidad. A continuación añadía que el nuevo apartado del artículo 197.7 pretende ofrecer una respuesta a los casos «en los que las imágenes o grabaciones de otra persona se obtienen con su consentimiento, pero son luego divulgados contra su voluntad, cuando la imagen o grabación se haya producido en un ámbito personal y su difusión, sin el consentimiento de la persona afectada, lesione gravemente su intimidad».

Con ello estamos ante un delito que pretende completar la protección de la intimidad.

La doctrina ha valorado de forma muy diversa esta figura, pues mientras un sector se ha mostrado muy crítico con su introducción, otro la ha defendido. Morales Prats ha señalado que estos comportamientos ya estaban contemplados en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección del honor, la intimidad y la propia imagen. Para él se trata de otra muestra del populismo punitivo que convierte a todas las personas en confidentes necesarios de las imágenes obtenidas con la anuencia del titular de la intimidad. Añade que no se entiende «por qué el Derecho penal debe prestar tutela a aquellas personas que han decidido abandonar las expectativas de intimidad respecto de grabaciones o imágenes propias, cuestión que se acredita por actos concluyentes, desde el momento en que son cedidas a terceros voluntariamente y, en muchos casos, sin consultar al receptor si quiere ser destinatario de las mismas»¹.

En cambio, Colás Turégano señala que estamos ante ataques muy graves a la intimidad frente a los cuales no es eficaz la vía civil y, por ello, considera muy oportuna la creación de esta figura delictiva junto a los tipos agravados².

Y asimismo encontramos posiciones más matizadas en las que se destaca que solo se deberían castigar aquellos supuestos en los que exista un compromiso expreso o tácito de reserva. No es admisible que la víctima pueda imponer deberes penales discrecionalmente a cualquiera³.

¹ MORALES PRATS, F. en QUINTERO OLIVARES, G.: Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal. 10.^a ed., Aranzadi, 2016, pp. 464 s.

² COLÁS TURÉGANO, A.: Nuevas conductas delictivas contra la intimidad en GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.): Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015. Tirant lo blanch, Valencia, p. 666.

³ CASTIÑEIRA PALOU/ESTRADA I CUADRAS: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Dir.): Lecciones de Derecho penal. Parte Especial. 7.^a ed., Atelier, Barcelona, 2021, p. 167.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo también ha resaltado que estamos ante un precepto «controvertido, siendo consciente de que mientras unos lo consideran imprescindible para evitar lagunas de punibilidad —«*sexting* o *revenge porn*»—⁴, otros entienden que se vulneran principios básicos del Derecho penal, porque introduce un deber general de sigilo para toda la población que convierte a los ciudadanos en confidentes necesarios respecto de quienes ceden voluntariamente a terceros imágenes o grabaciones propias, renunciando así a sus expectativas de intimidad⁵.

A partir de aquí en su primera sentencia sobre este precepto el Tribunal Supremo concluye que, a la vista de los problemas que suscita el art. 197.7, su posición no puede consistir sin más en asumir una de las alternativas.

II. EL BIEN JURÍDICO Y SUJETO ACTIVO

La jurisprudencia considera que con la introducción del art. 197.7 se persigue la tutela de la intimidad.

Dado que con frecuencia esta difusión se realiza a través de las redes sociales y que tras el primer envío se suelen producir posteriores envíos, la cuestión que se plantea es la de determinar quién puede ser el sujeto activo. La Fiscalía General del Estado entiende que, dada la redacción del precepto, estamos ante un delito especial del que únicamente puede ser sujeto activo aquel que ha obtenido la imagen o grabación directamente del titular de la intimidad, de tal manera que quienes después lleven a cabo su redifusión no pueden ser sujetos activos del delito⁶. En este mismo sentido señala el Tribunal Supremo que es preciso excluir del tipo «a terceros que son extraños al círculo de confianza en el que se ha generado el material gráfico o audiovisual y que obtienen esas imágenes sin conexión personal con la víctima. La difusión encadenada de imágenes obtenidas a partir de la incontrolada propagación en redes telemáticas, llevada a cabo por terceros situados fuera de la re-

⁴ Desde esta perspectiva, como recuerda el TS, se apunta a la existencia de personas que llevan a cabo actos de venganza sobre su pareja mediante la difusión de imágenes que no estaban destinadas a ser vistas fuera de la relación de pareja. La sociedad no se puede cruzar de brazos frente «a la difusión intencionada de imágenes conectadas a la intimidad y que, una vez incorporada a una red social, multiplican exponencialmente el daño generado a la intimidad de una persona que sólo concebía un destinatario para su visión». Y añade el TS que es indudable que la reforma pretende dar una respuesta a este tipo de situaciones.

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2020 (ECLI: ES: TS:2020:492).

⁶ Circular 3/2017, de 21 de septiembre, sobre la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos

lación de confianza que justifica la entrega, queda extramuros del derecho penal». El sujeto activo, según el Tribunal Supremo, quebranta la confianza depositada en él y reenvía la grabación o imagen habitualmente con fines discriminatorios, sexistas o vengativos⁷.

Como antes apunté, Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, ha incluido un nuevo párrafo en el artículo 197.7 que pasa a ser el segundo y en el que se castiga con pena de multa de uno a tres meses «a quien habiendo recibido las imágenes o grabaciones audiovisuales a las que se refiere el párrafo anterior las difunda, revele o ceda a terceros sin el consentimiento de la persona afectada». Este nuevo tipo parece la respuesta a la interpretación que tanto la Fiscalía como el Tribunal Supremo han realizado del sujeto activo del párrafo primero del artículo 197.7.

III. EL COMPORTAMIENTO TÍPICO

El Tribunal Supremo señala que la acción típica consiste en difundir imágenes que se han obtenido con el consentimiento de la persona afectada «en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros». Mientras en los apartados 1 y 2 del artículo 197 el sujeto activo no cuenta con el consentimiento ni está autorizado para acceder a las imágenes de la persona afectada, en el apartado 7 de este artículo las imágenes sí han sido conseguidas con la anuencia de la víctima. Por ello rechazó que se pudiera condenar por el art. 197.1 o 2 al exmarido que divulga parte de una conversación de contenido sexual que tuvo lugar a través de una red social, pues no se apoderó de documentos de ella, ni interceptó sus comunicaciones, ni utilizó artificios de escucha, grabación o reproducción ni accedió a datos sin autorización. El acusado no requería autorización para acceder a la conversación que se mantuvo con su exmujer a través de la red social ni tampoco necesitaba su consentimiento para usar su contenido, pues aunque se afectara a la intimidad de su exesposa, respondía «al flujo de comunicación conformado por la voluntad de ambos interlocutores». Lo dicho por su exmujer aun cuando se produjo en un ámbito de intimidad ni puede tener la consideración de «secreto en términos normativos y, por tanto, no cabe, tampoco, decantar un deber de confidencialidad en el interlocutor de cuyo quebranto puedan derivarse consecuencias penales». El Tribunal Supremo también entendió que

⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2020, asumiendo así la tesis de la Fiscalía General del Estado.

los hechos no encajaban en el art. 197.7, «pues el contenido divulgado no corresponde al que se brinda protección»⁸.

El objeto de la difusión está constituido por «imágenes o grabaciones audiovisuales». La Circular 3/2017 de la Fiscalía General del Estado entiende que el tipo abarca «tanto los contenidos perceptibles únicamente por la vista, como los que se captan conjuntamente por el oído y la vista y también aquellos otros que, aun no mediando imágenes, pueden percibirse por el sentido auditivo». El Tribunal Supremo no parece admitir los archivos audio, pues siempre alude a fotografías e imágenes. En cuanto a su contenido, el Tribunal Supremo señala que «el objeto material de este delito no se integra por imágenes o grabaciones de marcado carácter sexual. Se proyecta sobre toda manifestación de la intimidad que quiera resguardarse frente a aquellos terceros que no están incluidos en el espacio de legitimidad que otorga la anuencia de la víctima»⁹. En este sentido, el Tribunal Supremo considera que se afecta a la intimidad si se difunde la imagen tanto de un desnudo integral como de uno parcial, pero «siempre que se refiera a ámbitos tan íntimos como es el torso completamente desnudo para la mujer, visualizándose sus mamas». Añade que el artículo 197.7 no se refiere a cualquier parte desnuda de la anatomía sino únicamente a la que afecte de forma grave a la intimidad¹⁰.

Sin duda, una de las cuestiones más problemáticas es la interpretación de la referencia a «imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros». El Tribunal Supremo parte del sentido de obtener en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, indicando que «es sinónimo de alcanzar, conseguir, lograr algo, tener, conservar y mantener. Resulta muy difícil sostener que cuando esas imágenes se remiten por la propia víctima y se alojan en el móvil del destinatario, en realidad, no se consiguen, no se logran, no se tienen, no se conservan o no se mantienen».

«La obtención de las imágenes o grabaciones audiovisuales que, en todo caso, ha de producirse con la aquiescencia de la persona afectada, pue-

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2022 (ECLI: ES: TS:2022:974). El Tribunal Supremo reconocía que se había afectado a la intimidad de la exmujer, pero recordaba que no toda afectación a un derecho se puede proteger a través de una norma penal, invocando la sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de noviembre de 2013, asunto Söderman c. Suecia «[...] respecto a los actos entre individuos que revistan menos gravedad y que sean susceptibles de atentar contra la integridad moral, la obligación del Estado en virtud del artículo 8 [CEDH] de poner en marcha y aplicar un marco jurídico adaptado que ofrezca protección no implica siempre que se adopten leyes penales eficaces para los diferentes actos que se puedan dar. El marco jurídico también puede consistir en mecanismos dentro del ordenamiento civil que proporcionen la suficiente protección».

⁹ Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2020 y de 11 de julio de 2022.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2022.

de tener muy distintos orígenes. Obtiene la imagen, desde luego, quien fotografía o graba el vídeo en el que se exhibe algún aspecto de la intimidad de la víctima. Pero también obtiene la imagen quien la recibe cuando es remitida voluntariamente por la víctima, valiéndose para ello de cualquier medio convencional o de un programa de mensajería instantánea que opere por redes telemáticas. Es cierto que el artículo 197.7 exige que estas imágenes hayan sido obtenidas «...en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros». Pero esta frase no añade una exigencia locativa al momento de la obtención por el autor. Lo que busca el legislador es subrayar y reforzar el valor excluyente de la intimidad con una expresión que, en línea con la deficiente técnica que inspira la redacción del precepto, puede oscurecer su cabal comprensión, sobre todo, si nos aferramos a una interpretación microliteral de sus vocablos».

Para justificar su posición pone los ejemplos de domicilio y lugar fuera del alcance de la mirada de terceros. Respecto del primero, señala el Tribunal Supremo que si se interpretara en su sentido jurídico (art. 40 Código Civil) se restringiría de forma injustificada el tipo al quedar fuera las imágenes tomadas en habitaciones de hotel o en otros lugares ajenos a la sede jurídica de la persona, pero claramente expresivas de la intimidad de ésta. Y algo parecido acontece con la otra expresión, pues «conduciría a excluir aquellos supuestos –imaginables sin dificultad– en que la imagen captada reproduzca una escena con más de un protagonista».

La Circular 3/2017 había indicado que la interpretación del término domicilio no planteaba dificultades a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, señalando que este había dicho que «el concepto subyacente en el artículo 18.2 de la CE ha de entenderse de modo amplio y flexible ya que trata de defender los ámbitos en los que se desarrolla la vida privada de las personas, debiendo interpretarse a la luz de los principios que tienden a extender al máximo la protección a la dignidad y a la intimidad de la persona, al desarrollo de su privacidad a través de la cual proyecta su «yo anímico» en múltiples direcciones». Desde esta perspectiva, «el domicilio es el reducto último de la intimidad personal y familiar (SSTC n.º 69/1999 de 26 de abril y 283/2000 de 27 de noviembre, entre otras); y, a tal fin es indiferente que se trate del correspondiente a la víctima, al agresor o a un tercero».

En cambio, la Circular considera que la referencia a lugar fuera del alcance de la mirada de terceros es mucho más problemática y puede suscitar problemas de prueba. La Fiscalía estima que podría tratarse de un lugar cerrado como, por ejemplo, un local comercial no abierto al público, e incluso de un espacio al aire libre, pero siempre que en este caso ofrezca ga-

rantías de privacidad, asegurando que las imágenes se hayan tomado evitando las miradas de terceras personas. Respecto al alcance del término terceros, la Fiscalía interpreta que no lo son todas las personas que están interviniendo en la escena, pues en esta puede aparecer varias, y sería absurdo que solamente se pudiera dar el tipo cuando solo participan la víctima y la persona que después va a difundir.

Aunque la tesis de que se incluyen en el tipo los casos en los que es la víctima la que ha realizado la imagen y se la envía al sujeto activo ha sido reafirmada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de julio 2022, en ella dos magistrados formularon un voto particular cuestionando esta conclusión. En primer lugar, señalan que la interpretación efectuada por la Sala Segunda vulnera el principio de taxatividad, pues el envío por parte de la denunciante al acusado de una foto en la que se le ve desnuda de cintura hacia arriba y el reenvío por este a un tercero no realiza el tipo, pues éste requiere que «las imágenes o grabaciones audiovisuales que se revelan o cedan a terceros sin autorización de la persona afectada hayan sido previamente obtenidas, con intervención de quien las revele o ceda, en un domicilio o un lugar fuera del alcance de la mirada de terceros».

La interpretación de la acción de obtener se desvincula «del contexto en el que el tipo precisa que deben obtenerse las imágenes o las grabaciones audiovisuales». Recalcan que el tipo no habla de imágenes obtenidas con el consentimiento de la titular en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, sino que el que difunde debe haber conseguido las imágenes en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros.

La mayoría de la Sala recalca que el tipo «no añade una exigencia locativa al momento de la obtención por el autor» y que lo que pretende el legislador es acentuar «el valor excluyente de la intimidad con una expresión que, en línea con la deficiente técnica que inspira la redacción del precepto, puede oscurecer su cabal comprensión, sobre todo, si nos aferramos a una interpretación microliteral de sus vocablos». En cambio, los firmantes del voto particular señalan que no queda claro «por qué en este caso la literalidad, incluso la «microliteralidad» a la que se refiere la sentencia, puede oscurecer, como se afirma, la cabal comprensión de la regla», añadiendo que más bien cabe sostener lo contrario, que «es la interpretación desagregada de los distintos elementos que conforman la conducta típica prevista en la norma la que dificulta su comprensión, generándose un producto normativo interpretado que poco tiene que ver con el producto original legislado».

El tipo penal exige que se menoscabe la intimidad y que la lesión sea grave. La Circular 3/2017 de la Fiscalía viene a decir que la gravedad del ataque a la intimidad no se puede determinar de forma general, sino que habrá que estar al caso concreto, atendiendo a las circunstancias que concurran para lo cual se tendrá en cuenta el contenido de la grabación, la situación y condiciones en las que se realizó e incluso las circunstancias de la persona objeto de la misma. Para añadir que en realidad estos aspectos ya sirven para determinar la propia tipicidad del hecho que exige que la imagen tenga carácter reservado, que se haya tomado en un lugar privado y que la difusión de esta pueda afectar seriamente a la intimidad porque solo así el acceso a la imagen por terceros podría afectar gravemente a la intimidad. En realidad, el razonamiento de la Fiscalía no parece ofrecer criterios claros para fijar la gravedad.

Sobre esta cuestión ha tenido oportunidad de manifestarse el Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de julio de 2022. La Sección Tercera de la Audiencia Provincial había revocado una sentencia del juzgado de lo penal n.º 4 de Oviedo en la que se condenaba por el artículo 197.7 a un sujeto que había enviado una foto de su exesposa a una amiga de esta para que se la hiciera llegar a su antigua pareja junto con algunas expresiones injuriosas. Su exesposa le había enviado al condenado la foto en la que se la veía desnuda de cintura hacia arriba. La Audiencia Provincial consideró que había un ataque a la intimidad, pero que no alcanzaba la gravedad que exige el art. 197.7. Y ello porque aunque «el desnudo es una expresión inequívoca de la intimidad personal por su componente sexual», cuando «el desnudo es parcial porque la imagen sólo capta el pecho se puede considerar que hay un matiz diferencial frente al desnudo integral que tiene que repercutir en el juicio de gravedad del ataque a la intimidad, pues si no se admitiera así la conclusión sería que la difusión de cualquier imagen corporal captada que pueda causar vergüenza por observar una parte pudenda sería siempre grave, sin margen de reconocimiento alguno a otro nivel de ataque a la intimidad que siendo también censurable pudiera no alcanzar la trascendencia típica, en cuyo caso sobraría la previsión legal de que el menoscabo de la intimidad de la persona tenga que ser grave»¹¹.

El Tribunal Supremo en su sentencia se centra en destacar que el desnudo aunque sea parcial afecta a la intimidad, lo que la sentencia recurrida no niega, y que también el desnudo parcial ataca gravemente la intimidad. Pero no se detiene en analizar cómo se determina la gravedad del ataque de la intimidad y qué casos se podrían calificar como no graves.

¹¹ Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo de 7 de mayo de 2020 (ECLI: ES: APO:2020:2093).

En su voto particular los dos magistrados señalan que «si las afectaciones no graves de la intimidad son atípicas, y el envío de esa fotografía con un desnudo solo parcial, a una única persona, que mantiene amistad con la víctima, con el exclusivo fin de que la reenvíe a ésta (no hay la más mínima alusión a un potencial riesgo de ulterior divulgación que el hecho probado implícitamente excluye de la intencionalidad del acusado), se entiende que supera ya ese listón querido por el legislador huyendo de la pancriminalización, se hace extremadamente difícil imaginar casos de divulgación de imágenes que, afectando a la intimidad, lo hagan solo de forma leve. El espacio de atipicidad querido por el legislador –afectaciones efectivas de la intimidad no graves– queda, si no abolido, sí tan reducido que parece llamado a no operar nunca el efecto destipificador que pretende el adverbio gravemente. Nótese que lo que ha de menoscabar gravemente la intimidad es la divulgación de la imagen. Por tanto, hay que valorar no solo el contenido de la imagen sino también el ámbito de esa divulgación (tanto el número de personas –aquí solo una–; como su condición y tipo de relación con la afectada –aquí una amiga y no una tercero–)».

IV. CONCLUSIONES

Para la interpretación de algunos de los elementos del artículo 197.7 creo que puede servir de ayuda el tipo existente en el Código penal alemán que fue introducido en 2004 y que luego sería retocado en los años 2015 y 2020. Me refiero al párrafo 201a primer apartado inciso 5: «eine befugt hergestellte Bildaufnahme der in den Nummern 1 bis 3 bezeichneten Art wesentlich unbefugt einer dritten Person zugänglich macht und in den Fällen der Nummern 1 und 2 dadurch den höchstpersönlichen Lebensbereich der abgebildeten Person verletzt».

En la redacción de 2004 se encontraba en el apartado tercero del párrafo 201a: «(3) Wer eine befugt hergestellte Bildaufnahme von einer anderen Person, die sich in einer Wohnung oder einem gegen Einblick besonders geschützten Raum befindet, wesentlich unbefugt einem Dritten zugänglich macht und dadurch deren höchstpersönlichen Lebensbereich verletzt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft».

Es habitual señalar que estamos ante un delito de indiscreción en el que se castiga la ruptura de la confianza que se depositó en el autor¹².

¹² Así, por ejemplo, HOYER, A.: Comentario al párrafo 201a en WOLTER, J. (Edit.): Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, IV, 9.^a ed. Carl Heymanns Verlag, Colonia, marginal 10, p. 384 con ulte-

Es verdad que estamos ante un tipo penal, el parágrafo 201a, que no solo pretende castigar las afecciones a la intimidad, sino que va mucho más allá y por eso el legislador introduce una referencia que no se usaba hasta ahora, «höchstpersönlicher Lebensbereich», pretendiendo castigar no solo los atentados a la intimidad sino otros que se refieren a otros aspectos vitales personalísimos.

Pero sí que es muy interesante para la interpretación de nuestro artículo 197.7 la referencia al objeto material: «eine befugt hergestellte Bildaufnahme von einer anderen Person, die in einer Wohnung oder einem gegen Einblick besonders geschützten Raum befindet». El tipo alude a «una imagen realizada con el consentimiento de otra persona que se encuentra en un domicilio o en un lugar especialmente protegido frente a la mirada de terceros». En la configuración del parágrafo 201a se utiliza un participio, realizada, y con ello no se precisa quién debe realizar la imagen. El Tribunal Supremo alemán ha aclarado que el tipo también abarca los casos en los que lo que se pone a disposición de terceros es un selfie que se ha hecho la propia víctima. Así lo ha dicho en su sentencia de 29 de julio de 2020, donde, entre otras cosas, indica que con la referencia a «hergestellte Bildaufnahme» no se excluyen los casos de las imágenes tomadas por la propia víctima.

Las imágenes se tienen que haber tomado en un domicilio o en un lugar especialmente protegido frente a la miradas de terceros. Con ello, además de las imágenes hechas en el domicilio, se incluyen las realizadas en jardines que cuentan con muros o setos, vestuarios, probadores, salas de reconocimiento médico, coches con cristales tintados, cabinas de ducha, etc.

El tipo exige que el comportamiento lesione el aspecto vital personalísimo¹³.

El análisis de la jurisprudencia evidencia que son muchas las cuestiones que quedan por resolver. En primer lugar, es esencial esclarecer qué es lo que legitima el castigo de la difusión de imágenes cuya obtención ha sido consentida por la víctima. En bastantes ocasiones se alude a la violación de la confianza de la víctima y se cita esencialmente los casos de imágenes obtenidas en el seno de una relación íntima que se difunden tras la ruptura. También se destaca que

riores referencias. Este autor traza un paralelismo con los delitos patrimoniales, señalando que esta figura sería el equivalente a la administración desleal mientras que los casos de realización no consentida de imágenes equivaldrían al hurto. De otra opinión, EISELE, J.: Comentario al parágrafo 201a, en SCHÖNKE/SCHRÖDER: Strafgesetzbuch. Kommentar. 30.^a ed., C. H. Beck, Munich, 2019, marginal 35, p. 1987, quien considera que se pretende que el afectado conserve el poder de disposición sobre la esfera privada más íntima y evitar una lesión de su derecho de la personalidad mediante la puesta a disposición de imágenes íntimas.

¹³ Sobre todo ello, cfr., además de los autores citados en la nota anterior, KARGL, W.: Comentario al parágrafo 201a en Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Edit.): Strafgesetzbuch, II. 5.^a ed., Nomos, 2017; VALERIUS, B.: Comentario al parágrafo 201a en Laufhütte/Rissig-Van Saan/Tiedemann (Edit.): Leipziger Kommentar. 12.^a ed., Tomo 6 vol. 2, De Gruyter, 2009.

una persona no pierde la disponibilidad sobre su intimidad porque se haya consentido la obtención de una imagen. Y en los razonamientos siempre se hace referencia a las posibilidades que los avances tecnológicos ofrecen. Así, se resalta la necesidad de dar una especial tutela a la intimidad frente a las nuevas tecnologías, pues los ataques a este bien en el ámbito cibernético presentan mayor gravedad porque sus efectos se mantienen en el tiempo y se extienden ilimitadamente en el espacio, dado que llegan a cualquier punto del planeta¹⁴. Pero todas estas ideas no acaban de encajar bien con la configuración de los tipos, pues se puede facilitar una imagen sin que exista esa relación de confianza. Piénsese, por ejemplo, en una persona que envía a otra una imagen suya de contenido erótico para intentar entablar relación con ella. Ni los tipos exigen que las imágenes se hayan difundido masivamente. Piénsese en el caso contemplado por el Tribunal Supremo donde un sujeto enviaba una imagen erótica de su expareja a una amiga de ésta para que se la hiciera llegar con unos comentarios. Hasta donde se alcanza a ver el problema se ciñe esencialmente a las imágenes realizadas u obtenidas en el contexto de relaciones íntimas.

En segundo lugar, es habitual enjuiciar el tipo penal desde una perspectiva general sin hacer un análisis casuístico. Piénsese, en las siguientes variantes: uno de los miembros de una pareja le pida al otro que le deje grabarlo mientras efectúa un comportamiento sexual; la esposa le envía a su esposo una fotografía en la que aparece completamente desnuda; un hombre le envía a una chica una imagen en la que se le ven los genitales y le pide que acceda a tener relaciones sexuales con él; una chica acepta posar desnuda a cambio de dinero para aparecer en una publicación, pero antes de que se publique su imagen pide más dinero y, como no lo obtiene, revoca su consentimiento. ¿Merecen el mismo tratamiento estos cuatro supuestos si luego el que tiene la imagen la difunde?. ¿Pueden los ciudadanos hablar con terceros de sus experiencias sexuales con sus parejas? Y en caso afirmativo, pueden acompañar las personas sus comentarios con imágenes si las tienen? Y si pueden hacerlo, ¿hay algún límite?

A lo anterior habría que sumar el hecho de que el art. 197.7 dice claramente que no toda lesión de la intimidad da lugar a este tipo, sino únicamente aquella que se puede considerar grave. El Tribunal Supremo ha dicho que toda imagen del cuerpo desnudo o semidesnudo de una mujer constituiría una grave lesión. Pero es imprescindible plantearse si cabe atender únicamente al contenido de la imagen para determinar su gravedad o si, por el contrario, como apunta el voto particular, es necesario atender a otros factores como,

¹⁴ Así, por ejemplo, CARRASCO ANDRINO, M. M., en Álvarez García, F. J. (Dir.): Tratado de Derecho penal. Parte Especial. 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 1464, citando a Miró Llinares.

por ejemplo, el grado de difusión, el contenido y la relación de las personas que han accedido a la imagen con la víctima. Parece razonable plantearse estas cuestiones cuando en la justificación de este precepto se está aludiendo a que la necesidad de esta figura viene determinada por el alcance en el tiempo y el espacio de las afecciones a la intimidad en el ámbito cibernético¹⁵.

Por último, el Tribunal Supremo debería replantearse su posición en relación a la autoría de la imagen. Mientras el Código alemán habla de una imagen realizada con el consentimiento del titular de la intimidad y al haberse hablado en forma impersonal ha podido interpretar el Tribunal Supremo alemán que nada impide considerar que la imagen ha podido ser tomada por la propia víctima, no pasa lo mismo con la realidad española. El Código penal español no habla de una imagen o grabación obtenida en un domicilio o lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, sino que dice que el que la difunde la hubiera obtenido en dichos lugares. En el caso del artículo 197.7 se ha identificado claramente al autor de la obtención de la imagen, coincidiendo en la misma persona la autoría de las dos acciones: la de obtener y la de difundir. Y por eso, como bien han señalado los autores del voto particular, la tesis del Tribunal Supremo viola el principio de legalidad, pues va más allá del tenor literal del precepto¹⁶. Cuando la defectuosa técnica legislativa a la que alude el Tribunal Supremo se traduce en que el tenor literal empleado no da cabida a casos que se entienden que se deberían abarcar, los tribunales deben abstenerse de castigar y únicamente puede, tal como indica el artículo 4.2 del Código penal, elevar al Gobierno las razones por las que consideran que tales situaciones debieran ser objeto de sanción penal.

¹⁵ Aboga por un análisis diferenciado de los casos, JUANATEY DORADO, C.: Intimidad y revelación no consentida de imágenes o grabaciones audiovisuales (Art. 197.7), en Gómez Martín y otros (Dir.): Un modelo integral de derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, BOE, Madrid, 2022, pp. 1226 s., señalando que «en general, la revelación o difusión no consentidas de imágenes o grabaciones audiovisuales que han sido obtenidas con la anuencia –expresa o tácita– de la persona afectada para un uso exclusivamente privado podrán ser objeto de reclamación por la vía civil (art. 7, LO 1/82); pero algunos de estos supuestos, especialmente graves, caerán bajo el ámbito de aplicación del artículo 197.7 del Código penal». También resalta con acierto que al menos en muchos casos la cesión o revelación a una persona cuando no entrañe riesgo de difusión no debería incluirse en esta figura.

¹⁶ También la doctrina ha resaltado este aspecto aunque por razones de espacio no es posible detenerse en sus opiniones.

CAPÍTULO LXX

CRÓNICA SUCINTA DE UN COMERCIO INFAME. UNA APROXIMACIÓN A LOS DELITOS DE TRÁFICO ILEGAL DE ÓRGANOS HUMANOS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Barcelona.
Patrono de la FICP

I. PLANTEAMIENTO

La relevancia que las terapias de trasplante han adquirido en el actual estado de las disciplinas médicas resulta, tanto cuantitativa como cualitativamente, realmente espectacular¹. Una de las principales consecuencias lógicas de este desarrollo viene representada por un incremento exponencial de la demanda de órganos humanos a trasplantar. Esta creciente necesidad no siempre queda cubierta, sin embargo, por la disponibilidad de unidades trasplantables. Resulta igualmente conocido que, con carácter general, los sistemas sanitarios presentan síntomas de colapso cada vez más preocupantes, con crecientes dificultades para proporcionar a pacientes en situación de grave afectación a la salud individual órganos vitales en un plazo médicamente razonable². La com-

¹ Destacan este extremo CARRASCO ANDRINO, A vueltas con la nueva tipificación del tráfico de órganos: bien jurídico, sujetos y conductas punibles, RECPC, 2021, 23-12, pp. 2 ss.; CANCIO MELIÁ, Tráfico de órganos y Derecho penal. Reflexiones sobre la perspectiva española, RPCP, 32 (2018), pp. 297 ss.

² SCHEPER-HUGES, El comercio infame: capitalismo milenarista, valores humanos y justicia global en el tráfico de órganos, Revista de Antropología Social, 14 (2005), pp. 195 ss.; CARRASCO ANDRINO, RECPC, 2021, pp. 3, 18, 26, 35, 54 y 55.

binación de estos factores acaba constituyendo el inevitable caldo de cultivo de un mercado, el del tráfico ilegal de órgano, que un sector de la doctrina no ha dudado en calificar de «comercio infame»³. La infamia del fenómeno de referencia contaría con diversos protagonistas de excepción: los donantes, que, apremiados por las circunstancias económicas o sociales extremas, ofrecen sus órganos –en vida o tras el fallecimiento, según el caso– a potenciales receptores que los precisen; los receptores, que en muchos casos condicionados por su situación médica, podrían aprovecharse de la vulnerabilidad de los ofertantes de órganos; y el Estado, cuyo papel regulador en esta ceremonia de la confusión se encuentra más discutido que nunca⁴.

A pesar de que, dada la privilegiada posición de liderazgo mundial en donación de órganos⁵, esta casuística presenta en España números considerablemente inferiores a los que caracterizan a otros países –valga como referencia próxima el grave caso de prácticas ilícitas que dieron lugar al escándalo alemán de la donación de órganos⁶–, la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, incorporó al Código penal español el delito de tráfico ilegal de órganos por medio del artículo 156 bis CP⁷. El precepto fue considerablemen-

³ Así, por ejemplo, CARRASCO ANDRINO, RECPC, 2021, p. 4; CANCIO MELIÁ, RPCP, 32 (2018), p. 308.

⁴ CARRASCO ANDRINO, RECPC, 2021, p. 10.

⁵ PÚBLICO, «España continúa a la cabeza en donación y trasplantes: un 12% más en 2023»: «España continúa a la cabeza en materia de donación y trasplantes. Solo en los cinco primeros meses del año 2023 se ha aumentado la actividad un 12% hasta alcanzar los 1.010 donantes fallecidos y los 2.394 pacientes trasplantados, según la Organización Nacional de Trasplantes (ONT) (en línea: <https://www.publico.es/sociedad/espana-situa-cabeza-donacion-trasplantes-12-2023.html>). Llama la atención sobre este extremo CANCIO MELIÁ, RPCP, 32 (2018), p. 298.

⁶ EL PAÍS, «Un escándalo de corrupción sacude el sistema alemán de trasplante de órganos. Tres médicos, sospechosos de manipular expedientes a cambio de dinero» (en línea: https://elpais.com/sociedad/2012/08/05/actualidad/1344193226_710353.html). Una referencia a este caso se encuentra en CANCIO MELIÁ, RPCP, 32 (2018), p. 299.

⁷ Dicho precepto constituyó la transposición al ordenamiento jurídico español de buena parte del contenido de la Declaración de Estambul en relación al tráfico de órganos y al turismo de trasplante, así como de la Resolución OMS 63.22 de 21-5-10, relativa a los principios rectores sobre trasplantes de células tejidos y órganos humanos. Se hacen eco de tal circunstancia BENÍTEZ ORTÚZAR, Obtención, tráfico y trasplante ilícito de órganos humanos, en MORILLAS CUEVA (Coord.) Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial, 2011, pp. 115 ss.; 3.ª ed., 2020, pp. 109 ss.; CARBONELL MATEU, Lección 6. Lesiones, en GONZÁLEZ CUSSAC (Coord.), Derecho penal. Parte Especial, 5.ª ed. 2016, pp. 101 ss.; CARRASCO ANDRINO, El comercio de órganos humanos para trasplante: análisis penal, 2015, *passim*; LA MISMA, RECPC, 2021, p. 27; DE LA CUESTA AGUADO, Delitos de tráfico ilegal de personas, objetos o mercancías, 2013; DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, El delito de tráfico de órganos humanos, en EL MISMO (Dir.), Estudios sobre las Reformas del Código Penal operadas por la LO 5/2010, de 22 de junio y 3/2011, de 28 de enero, 2011, pp. 275 ss.; GARCÍA ALBERO, El nuevo delito de tráfico de órganos, en ÁLVAREZ GARCÍA / GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.) Comentarios a la Reforma de Código Penal de 2010, 2010, pp.183 ss.; GÓMEZ RIVERO, El delito de tráfico ilegal de órganos humanos, Revista Penal, 31 (2013), pp. 113 ss.; GÓMEZ TOMILLO, Artículo 156 bis CP, en GÓMEZ TOMILLO (Dir.), Comentarios al Código Penal, 2.ª ed., 2011, pp. 617 ss.; MOYA GUILLEM, La Protección jurídica frente al tráfico de órganos humanos. Especial referencia a la tutela penal en España (art. 156 bis CP), 2018, *passim*; PUENTE ABA, La protección frente al tráfico de órganos: su reflejo en el Código penal español, RDPP, n.º 26 (2011), pp. 135 ss.

te modificado y ampliado por la LO 1/2019, que completó el régimen de prevención y persecución del delito de tráfico de órganos humanos, adaptándolo a las previsiones contenidas en el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra el tráfico de órganos humanos que se abrió a la firma en Santiago de Compostela el 25 de marzo de 2015. El Preámbulo de la LO 1/2019 describe las conductas en el mismo tipificadas como una grave violación de los derechos fundamentales de las personas, en concreto de bienes jurídicos como la vida, la integridad física y la dignidad humana, además de suponer una gran amenaza para la salud pública⁸. Las líneas que siguen tienen como principal objetivo analizar algunos aspectos problemáticos de la última versión disponible de esta controvertida norma⁹. Sirvan las mismas para rendir sentido homenaje en uno de sus ámbitos de investigación preferentes, el relativo al Derecho penal médico, al Profesor Javier de Vicente Remesal, ejemplo como pocos de proximidad humana e inquebrantable compromiso académico.

II. ALGUNAS CONDUCTAS TÍPICAS EN PARTICULAR

Constituye un lugar común en la doctrina que la regulación penal española en materia de tráfico de órganos supuestamente tendría como objetivo dar respuesta a dos distintas modalidades de tráfico de órganos: el mercado ilegal interno de órganos, especialmente desarrollado en algunos países y cada vez más potenciado como consecuencia de la generalización de Internet y las redes sociales; y el mercado ilegal externo, cuya principal manifestación viene representada por el preocupante fenómeno del llamado «turismo de trasplante» a clínicas de otros países con el objeto de llevar a cabo trasplantes irrealizables (por ser contrarios a la ley, de tardía realización o de ejecución materialmente

⁸ Se ocupan con detalle de esta reforma BENÍTEZ ORTÚZAR, Obtención, tráfico y trasplante ilícito de órganos humanos, en MORILLAS CUEVA (Coord.), Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial, Madrid, 2011, pp. 115 ss.; 3.ª ed., 2020, pp. 109 ss.; CARRASCO ANDRINO, RECPC, 2021, pp. 27 ss.; GARCÍA ALBERO, El reformado delito de tráfico de órganos: crónica de una oportunidad perdida, en QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO, Las reformas penales de 2019, 2019, pp. 37 ss.; MOYA GUILLEM, Reflexiones sobre la Ley Orgánica 1/2019 en materia de tráfico de órganos. Nuevos horizontes de interpretación, RGDP, 31, 2019, pp. 1 ss.

⁹ Además de los restantes elementos que se expondrán en el presente trabajo, el precepto prevé diversos tipos agravados por razón de la grave afectación de la víctima (art. 156 bis, 4 CP), la posición del sujeto activo en el sistema de salud pública (art. 156 bis, 5 CP) o su pertenencia a una organización criminal (art. 156 bis, 6 CP); la responsabilidad penal de la persona jurídica (art. 156 bis, 7 CP); los actos preparatorios punibles (art. 156 bis, 8 CP); una regla concursal con los delitos de trata de personas (art. 177 bis CP); y una cláusula final de reincidencia internacional. Sobre todo ello vid. CARRASCO ANDRINO, RECPC, 2021, p. 49.

imposible) en el país de origen¹⁰. Pese a lo encomiable de este propósito, debe advertirse, sin embargo, que en el mismo reside uno de los principales desajustes del art. 156 bis CP: dadas las exigencias técnico-médicas propias de este tipología de conductas, resulta altamente improbable que en un sistema de salud pública como el español, en el que el proceso completo de donación, extracción y trasplante se encuentra completamente monitorizado, alguna de aquellas conductas pueda ser realizada completamente al margen de la intervención del sistema público de sanidad. Esta circunstancia explicaría, de hecho, que la jurisprudencia penal española apenas sí haya tenido ocasión de pronunciarse sobre supuestos acaecidos en territorio español¹¹. Mayor probabilidad de comisión podría presentar, en cambio, la comisión entre nosotros de alguna de las conductas previstas en el tipo con vistas a completar la ejecución del ciclo en territorio extranjero. Un ejemplo de este *modus operandi* podría ser, por ejemplo, la preparación en España por parte de un paciente (nacional o extranjero), que ha sido considerado por el sistema sanitario español candidato inidóneo para un trasplante, o que deba esperar para el mismo un considerable período de tiempo por encontrarse postergado en una larga lista de espera, del trasplante en otro país de un órgano que le permita mejorar su calidad de vida o, incluso, salvarla. O, incluso, el supuesto contrario: esto es, que sea un ciudadano español quien proporcione el ansiado órgano al paciente extranjero que emprende su búsqueda en nuestro territorio¹².

Como ya ha sido reiteradamente puesto de relieve por la doctrina que se ha ocupado del tema, las dificultades de perseguir esta clase de supuestos con empleo del Código penal español reside fundamentalmente en que el artículo 156 bis CP únicamente será aplicable a receptores españoles cuando el hecho sea constitutivo de delito en el país en que se realice el trasplante (art. 23, 3 LOPJ);

¹⁰ Esta expresión fue utilizada en la resolución sobre el trasplante de órganos y tejidos humanos adoptada en la Asamblea de la OMS en 2004 (WHA 57.18) para referirse a los trasplantes realizados en el extranjero, en los que el receptor obtiene el órgano, bien a través de tráfico o bien por otros medios que infringen la normativa del país de origen. Lo recuerda CARRASCO ANDRINO, REPCPC, 2021, p. 3. Se refiere a este fenómeno como claro ejemplo del llamado «turismo de elusión» o «turismo de circunvalación» CANCIO MELIÁ, RPCP, 32 (2018), p. 298 ss.

¹¹ Lo ha hecho concretamente en dos ocasiones. Por un lado, la STS 710/17, 27-10 confirmó la condena impuesta por la SAP Barcelona, 7.ª, 793/16, 13-10 a cuatro individuos por tráfico de órganos, entre ellos, también el receptor. Los hechos refieren como el receptor y sus hermanos ayudados por un tercero contactan con un inmigrante irregular en situación de indigencia, con quien acuerdan que se hará pasar por amigo del receptor, donando uno de sus riñones, a cambio de la entrega de una cantidad de dinero. El donante acaba por no prestar su consentimiento, siendo agredido y coaccionado por ello. Por otro, la SAP Valencia, 2.ª, 482/19, 7-10, condenó a cinco personas que ofrecieron igualmente dinero a inmigrantes irregulares sin recursos para que donaran parte de su hígado a un pudiente paciente libanés. En ambos se trataba de enmascarar el acuerdo comercial con una donación inter-vivos y practicar el trasplante en un hospital español. Se refiere a ambos casos CARRASCO ANDRINO, REPCPC, 2021, p. 9.

¹² Se refiere a supuestos parecidos a los planteados CANCIO MELIÁ, RPCP, 32 (2018), pp. 300 ss.

o, en otra constelación de supuestos, cuando los actos previos al trasplante realizados en territorio español por el receptor (contactos, gestiones, etc.) sean típicamente relevantes como constitutivos de delitos de favorecimiento o facilitación del tráfico ilegal de órganos¹³. En su apartado primero, el artículo 156 bis CP tipifica conductas de promoción, favorecimiento, facilitación, publicidad o ejecución del tráfico de órganos humanos. La pena prevista para estos comportamientos variará en función de si se trata del órgano de una persona viva, o de una persona ya fallecida: en el primer supuesto será de prisión de seis a doce años; en el segundo, de prisión de tres a seis años. Ambas respuestas penales resultan claramente desproporcionadas: la primera, porque presupone un menoscabo de la integridad física del donante que ni exige expresamente el tipo, ni tiene por qué producirse necesariamente; la segunda porque, tratándose de una persona fallecida, es obvio que ninguna de las conductas típicas podrá atentar contra la salud del donante –el órgano se extrae de un cadáver– sino, a lo sumo, contra el correcto funcionamiento del sistema público de control de donación, extracción y trasplante de órganos, ya protegido administrativamente, o la voluntad en vida del fallecido o la de sus herederos, también protegida civilmente¹⁴. Es posible que nos encontremos, por ello, ante un (nuevo) ejemplo de administrativización (o «civilización») del Derecho penal, esto es, de aplicación de una norma de sanción penal (en este caso, el artículo 156 bis.1, párrafo 1.º *in fine*) a la infracción de una norma primaria perteneciente al Derecho administrativo o al Derecho civil. No puede extrañar, por ello, que sobre el precepto que nos ocupa planee la alargada sombra del Derecho penal simbólico, en el peor de los sentidos de la expresión, máxime considerando que es más que probable que la constelación de supuestos previstos por el tipo no se corresponda en absoluto con la realidad criminológica de nuestro país en la materia¹⁵.

Las cuatro primeras conductas previstas en el artículo 156 bis.1 CP, la promoción, el favorecimiento, la facilitación y la publicidad, se presentan como accesorias –a modo de conductas de participación necesaria– del comportamiento principal que constituye el punto de referencia de aquellas: el tráfico de órganos humanos¹⁶. Constituyen, por ello, claros ejemplos de delitos de preparación (*Vorbereitungsdelikte*) o de emprendimiento (*Unternehmungs-*

¹³ Plantea posibles vías alternativas a este respecto CARRASCO ANDRINO, RECPC, 2021, pp. 62 s.; CANCIO MELIÁ, RPCP, 32 (2018), p. 307.

¹⁴ CARRASCO ANDRINO, RECPC, 2021, p. 23.

¹⁵ CANCIO MELIÁ, RPCP, 32 (2018), p. 311; MENDOZA CALDERÓN, Una primera aproximación al artículo 156 bis del Código Penal: ¿Un futuro ejemplo más del derecho penal simbólico?, RDPC, 3.ª Época, 11 (2014), p. 186.

¹⁶ CARRASCO ANDRINO, RECPC, 2021, pp. 26 ss. y 28.

delikte) de actos de tráfico de órganos humanos¹⁷. Para dicha técnica legislativa, lo esencial es la selección de conductas que forman parte de un ciclo delictivo más amplio, con independencia de su mayor o menor alejamiento de la lesión del bien jurídico. Comportamientos activos u omisivos, de preparación, tentativa o consumación, o de autoría o participación, se dan citan en un tipo mixto alternativo en el que todos ellos participan de una consecuencia jurídica común. No resulta en absoluto respetuosa del principio de proporcionalidad, en consecuencia, la equiparación penológica operada por el artículo 156 bis, 1 CP de conductas con contenido de injusto tan dispar como, por ejemplo, el reclutamiento y selección de donantes o receptores, la organización de viajes de turismo de órganos o el sufragio de las intervenciones¹⁸, por un lado, con los actos de tráfico que a través de las mismas se preparan o emprenden¹⁹. Sobre todo teniendo en cuenta que la quinta y última conducta de este tipo mixto alternativo consiste, de hecho, en la ejecución misma del acto de tráfico de órganos humanos, esto es, el comportamiento del que son accesorios los actos de emprendimiento precedentes²⁰.

El párrafo segundo del artículo 156 bis, 1 CP contiene un concepto legal de tráfico de órganos humanos. Por tal habrá de entenderse, en primer lugar, la extracción u obtención ilícita de órganos humanos ajenos. De esta referencia sorprende, por de pronto, que el legislador trate como un binomio axiológicamente equivalente dos conductas de tan distinta entidad. Así, mientras que la conducta de extracción implicará necesariamente la realización de un acto de acometimiento directo sobre cuerpo del donante, la conducta de obtención contará con un ámbito de aplicación más amplio, al presuponer lógicamente la recepción del órgano humano a través de un

¹⁷ CANCIO MELIÁ, RPCP, 32 (2018), p. 302. Sobre los delitos de preparación o de emprendimiento, vid., por todos, SELIGMANN, *Delictum sui generis*, 1920, pp. 12 ss., 22, 27 s., 40 s. y *passim*; NAGLER, *Das Verhältnis des eigenständigen Verbrechens zur Verbrechensqualifikation*, ZAKDR, 1940, p. 365; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, PG (trad. de la 2.ª ed. alemana y adiciones de Derecho penal español a cargo de Santiago MIR PUIG y Francisco MUÑOZ CONDE), 1981, pp. 712 s. Entre nosotros, destacan las contribuciones al respecto de RODRÍGUEZ MOURULLO, *La punición de los actos preparatorios*, ADPCP 1968, pp. 276 y 299; BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho penal*, PG, 4.ª ed., 1997, pp. 335 s.; CUELLO CONTRERAS, *La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: El delito «sui generis»*, ADPCP 1978, pp. 45 ss.; y GÓMEZ MARTÍN, *El delito de fabricación, puesta en circulación y tenencia de medios destinados a la neutralización de dispositivos protectores de programas informáticos* (art. 270, párr. 3.º CP). A la vez, un estudio sobre los delitos de emprendimiento o preparación en el CP de 1995, RECPC, 2002, pp. 7 s.

¹⁸ Son ejemplos de promoción, favorecimiento o facilitación del tráfico de órganos humanos sugeridos por FELIP I SABORIT, *Delitos de lesiones: el nuevo delito de tráfico, obtención y trasplante ilegales de órganos humanos*, en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Dir.)/PASTOR MUÑOZ (Coord.), *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, 2012, pp. 243 ss.

¹⁹ CANCIO MELIÁ, RPCP, 32 (2018), p. 302.

²⁰ CARRASCO ANDRINO, RECPC, 2021, p. 27.

tercero que habría realizado su extracción. No en vano, el artículo 3.17 RD 1723/2012 define la obtención como «*el proceso por el que los órganos donados quedan disponibles para su trasplante en uno o varios receptores, y que se extiende desde la donación hasta la extracción quirúrgica de los órganos y su preparación*»²¹.

Del referido acometimiento físico para la obtención de un órgano para un tercero que implica la extracción se colige que cuando el mismo tenga lugar sin el consentimiento del sujeto pasivo, dicha extracción implicará necesariamente la comisión de un delito de lesiones. Esta circunstancia obliga a preguntarse, de hecho, si el art. 156 bis CP cuenta auténticamente con un ámbito de aplicación, especialmente teniendo en cuenta que las lesiones que impliquen pérdida o inutilidad de órgano ya se encuentra tipificadas como lesiones en los artículos 149 y 150 CP. La inevitable comparación de la consecuencia jurídica prevista para la extracción de órganos de una persona viva en el artículo 156 bis CP, consistente en pena de prisión de seis a doce años, con la asignada para las lesiones que impliquen la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro humano, arroja el siguiente resultado: cuando el órgano afectado merezca la calificación de «principal», la respuesta penal prevista en el artículo 156 bis CP equivale exactamente a la del artículo 149 CP (recuérdese, pena de prisión de seis a doce años); y, en cambio, para los casos de órgano «no principal», la pena prevista en el artículo 156 bis.1 CP será considerablemente más elevada que la recogida en el artículo 150 CP, que es de prisión de tres a seis años²².

Desde la perspectiva de la protección penal de la salud individual del donante, el balance de esta comparación resulta sin duda sorprendente. Por un lado, la eliminación de la distinción entre órganos principales y no principales para los delitos de tráfico de órganos humanos operada por la reforma de 2019 habría conducido en los supuestos de extracciones de órganos de donantes vivos a una evidente contradicción axiológica: se pasarían a castigar con la misma pena dos clases de extracciones –las de órganos principales y las de órganos no principales– de muy distinta afectación funcional en el organismo humano²³. En los casos de órgano principal, puesto que la pena prevista en el artículo 156 bis, 1 CP es exactamente la misma que la contemplada por el artículo 149 CP, cabe preguntarse, de hecho, cuál sería exactamente la necesidad del primero de estos preceptos con respecto al segundo, más allá quizá de la de ampliar el ámbito de aplicación del artículo 149 CP fuera del ámbito natural de los actos preparatorios

²¹ Lo recuerda CARRASCO ANDRINO, RECPC, 2021, p. 29.

²² En un sentido parecido CARRASCO ANDRINO, RECPC, 2021, p. 16.

²³ Llama la atención sobre este extremo CARRASCO ANDRINO, RECPC, 2021, p. 25.

de las lesiones (art. 151 CP). Y en los supuestos de extracción de órgano no principal, surge la duda, no menor, sobre por qué razón la pena de prisión prevista en el artículo 156 bis.1 CP (seis a doce años) es tan superior a la del artículo 150 CP (tres a seis años), cuando lo cierto es que las respectivas conductas típicas y objetos materiales serían, en principio, los mismos²⁴.

Tres son, al menos, las vías que cabe transitar para evitar las aparentes contradicciones valorativas que acaban de ser expuestas. La primera consistiría en entender que los respectivos ámbitos de aplicación del art. 156 bis, 1 CP, por un lado, y los artículos 149 y 150 CP, por el otro, no resultan del todo coincidentes, por constituir aquél un delito de peligro contra la salud individual y éstos, en cambio, delitos de lesión de tal objeto jurídico de protección. Esta solución resulta, no obstante, altamente problemática, al menos por una evidente razón penológica: no soporta el más elemental test de proporcionalidad asignar a una conducta que supuestamente representaría un adelantamiento de la barrera de protección de la salud individual pena idéntica o superior a la prevista para la lesión efectiva del bien jurídico²⁵. La segunda alternativa argumentativa pasaría por entender que a través del artículo 156 bis CP se habría tratado de ampliar el ámbito de aplicación de los artículos 149 y 150 CP más allá del que corresponde a los actos preparatorios de las lesiones (art. 151 CP)²⁶. Y, por último, se encuentra ampliamente extendida en la literatura penal la idea de que la auténtica explicación de la discrepancia penológica entre los artículos 156 bis y delitos de lesiones paralelos residiría en la disparidad de bienes jurídicos protegidos entre unos y otros delitos. Así, mientras que en los artículos 149 y 150 CP se protegería, como es obvio, la salud individual, el artículo 156 bis CP daría cobertura, en realidad, a un delito pluriofensivo, en el que no sólo se lesionaría la salud individual del donante, sino también, y en particular, el sistema de salud pública, representado por el correspondiente modelo sanitario público de donación, extracción y trasplante de órganos humanos²⁷.

Este punto de vista nos permite abordar, siquiera brevemente, una de las cuestiones menos pacíficas de la regulación española de los delitos de tráfico de órganos humanos: el bien jurídico protegido. La doctrina suele distinguir, a este respecto, entre la regulación anterior a la LO 1/2019 y la derivada de esta reforma. Con anterioridad a aquella reforma, dos argumentos servían para fundamentar la tesis de que

²⁴ Sobre todas estas incongruencias axiológicas vid., entre otros, CANCIO MELIÁ, RPCP, 32 (2018), p. 309.

²⁵ CARRASCO ANDRINO, REPCP, 2021, p. 16.

²⁶ CANCIO MELIÁ, RPCP, 32 (2018), p. 309.

²⁷ CANCIO MELIÁ, RPCP, 32 (2018), pp. 310 ss.

el legislador español se centraba exclusivamente en la protección de ciertos derechos subjetivos del donante, en particular su salud individual, la incolumidad de su cuerpo, su libertad e, incluso, su dignidad como ser humano. Por una parte, la ubicación sistemática del artículo 156 bis CP entre los delitos contra la salud individual, de la que se inferiría lógicamente que para la relevancia típica de cualquiera de las conductas recogidas en el precepto habría de exigirse su idoneidad objetiva para poner en peligro la salud individual de alguna persona²⁸. Y, por otra, que la gravedad de la pena prevista para estos delitos se hiciera depender, entre otros factores, del grado de afectación de la conducta en la salud individual del donante²⁹.

Como consecuencia de la LO 1/2019, el conjunto de delitos recogido en el artículo 156 bis CP habría pasado a tener, en cambio, un objeto de protección mixto, compuesto, por un lado, por los intereses individuales antes referidos del donante, y, por otro, por la salud pública en su conjunto, concretamente en su dimensión de correcto funcionamiento del sistema de trasplantes³⁰. Además del ya referido excedente penológico del artículo 156 bis CP con respecto a los artículos 149 y 150 CP, un ulterior dato del que cabría extraer esta conclusión sería la incorporación al objeto material de las conductas de tráfico, junto al órganos de personas vivas, de los pertenecientes a sujetos ya fallecidos, a los que la legislación anterior a 2019 no hacía, en cambio, referencia alguna³¹.

Partiendo entonces de la idea de que el artículo 156 bis CP tendría por objeto también –o incluso fundamentalmente– la protección del sistema público de trasplante de órganos humanos, no es tarea sencilla conocer cuál es, exactamente, la constelación de supuestos de hechos que a criterio del legislador español podrían llegar a incidir con relevancia penal en el sistema sanitario público de donación, extracción y trasplante de órganos humanos. Descartada prácticamente de plano –como ya se adelantó *supra*– la posibilidad de que la extracción tenga lugar en territorio español, la aplicación del tipo parecería reservarse, entonces, al mercado negro interno, esto es, a la captación de donantes españoles para extracciones practicadas en el extranjero, y al turismo de trasplante emprendido por nacionales españoles al extranjero. Resulta obligado preguntarse, a este respecto, si para este último viaje –protección de sistemas extranjeros de sanidad pública frente a conductas de nacionales españoles– eran precisas las alforjas penales del artículo 156 bis.1 CP, con su destacada severidad penológica³².

²⁸ CARRASCO ANDRINO, RECPC, 2021, p. 13 ss.

²⁹ CARRASCO ANDRINO, RECPC, 2021, p. 13 ss.

³⁰ CARRASCO ANDRINO, RECPC, 2021, pp. 13 ss.

³¹ CARRASCO ANDRINO, RECPC, 2021, p. 13.

³² CANCIO MELIÁ, RPCP, 32 (2018), pp. 306 ss.; MENDOZA CALDERÓN, RDPC, 3.ª Época, 11 (2014), p. 179; ALEMÁN LÓPEZ, Una breve consideración sobre la excesiva penalidad establecida para el receptor de órganos humanos en el nuevo artículo 156 bis del Código Penal, La Ley Penal, 94-95 (2012), pp. 1 ss.

En lo que respecta al objeto material de la conducta de extracción, el «órgano humano», por tal debe entenderse aquella parte diferenciable del cuerpo humano constituida por diversos tejidos que mantiene su estructura, vascularización y capacidad para desarrollar funciones fisiológicas con un grado importante de autonomía y suficiencia. Se considerarán órganos, en este sentido, los riñones, el corazón, los pulmones, el hígado, el páncreas, el intestino y cuantos otros con similar criterio puedan ser extraídos y trasplantados de acuerdo con los avances científico-técnicos³³. El precepto no excluye los órganos de embriones y fetos. Si quedan fuera del tipo, en cambio, los tejidos humanos (nervioso, adiposo, muscular, conectivo, epitelial, de los huesos, etc.) y los productos humanos de desecho (cordón umbilical, placenta, etc.), sin perjuicio de que su tráfico o trasplante ilegal pueda dar lugar a un delito contra la salud pública³⁴. Es discutible, finalmente, si por «órgano humano» debe entenderse uno necesariamente completo o también cabe interpretar como tal una de sus partes en aquéllos que son regenerables una vez trasplantados, como sucede, por ejemplo, con el páncreas o el pulmón. Un sector doctrinal considera, con razón, que la conducta será típica cuando el trasplante parcial, esto es, el de una parte del órgano regenerable se trasplante con la vocación de que la misma sea utilizada en el cuerpo humano con la misma función que desempeñaría el órgano completo³⁵. Tampoco debe pasar inadvertida la exigencia típica de que el órgano extraído u obtenido deba ser necesariamente «ajeno», que obliga a excluir al donante vivo del círculo de posibles sujetos activos del delito³⁶.

Según el precepto, dicha extracción u obtención de órgano humano ajeno será típica en tres supuestos: que se haya realizado sin el consentimiento libre, informado y expreso del donante vivo en la forma y con los requisitos previstos legalmente (1.^a); que se haya realizado sin la necesaria autorización exigida por la ley en el caso del donante fallecido (2.^a); o que, a cambio de la extracción u obtención, en provecho propio o ajeno, se solicitare o recibiere por el donante o un tercero, por sí o por persona interpuesta, dádiva o retribución de cualquier clase o se aceptare ofrecimiento o promesa (3.^a).

³³ Artículo 3.19 RD 1723/2012.

³⁴ CARRASCO ANDRINO, RECPC, 2021, p. 24.

³⁵ Así lo dispone el art. 1. c) RDL 9/14, 4-7, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos. En este sentido FELIP I SABORIT, Delitos de lesiones: el nuevo delito de tráfico, obtención y trasplante ilegales de órganos humanos, en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Dir.)/PASTOR MUÑOZ (Coord.), El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma, 2012, pp. 243 ss.

³⁶ CARRASCO ANDRINO, RECPC, 2021, p. 28.

Con el objeto de eludir la insatisfactoria consecuencia de que los dos primeros supuestos puedan permitir la subsunción (nuevamente) de meras infracciones administrativas de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre Extracción y Trasplante de Órganos, y del Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, que la desarrolla, las expresiones «*en la forma y con los requisitos previstos legalmente*» (1.^a) o «*exigida por la ley*» (2.^a) habrán de ser interpretadas de forma necesariamente restrictiva, de tal modo que únicamente resulten aplicables a supuestos de hecho que impliquen un enfrentamiento directo a los elementos esenciales del sistema público español de trasplante de órganos humanos: esto es, la gratuidad, la necesaria observancia de criterios exclusivamente médicos y la ausencia de consideración de la identidad de la persona³⁷. Esta interpretación es coherente, además, con el fundamento de la prohibición de solicitud o recepción por el donante o un tercero, por sí o por persona interpuesta, de dádiva o retribución de cualquier clase, o de aceptación de ofrecimiento o promesa (3.^a)³⁸ y, en correspondencia, en la preconcepción de que el ofrecimiento o la aceptación de contraprestación económica podría viciar de falta de libertad el consentimiento del donante³⁹. El tipo aclara que «*no se entenderá por dádiva o retribución el resarcimiento de los gastos o pérdida de ingresos derivados de la donación*». También serán considerados comportamientos de tráfico otros actos relacionados con la extracción u obtención ilícita de órganos, como su preparación, preservación, almacenamiento, transporte, traslado, recepción, importación [art. 156 bis, párr. II.b) CP], así como el uso de órganos ilícitamente extraídos con la finalidad de su trasplante o para otros fines [art. 156 bis, párr. II.c) CP].

El artículo 156 bis, párr. II, CP también define como actos de tráfico de órganos humanos la preparación, preservación, almacenamiento, transporte, traslado, recepción, importación o exportación de órganos ilícitamente extraídos (b), así como el uso de órganos ilícitamente extraídos con la finalidad de su trasplante o para otros fines (c). La ya referida técnica legislativa de los delitos de preparación o emprendimiento vuelve a cobrar en este punto máxima carta de naturaleza.

³⁷ CANCIO MELIÁ, RPCP, 32 (2018), p. 303.

³⁸ CARRASCO ANDRINO, RECPC, 2021, p. 29.

³⁹ CARRASCO ANDRINO, RECPC, 2021, p. 28. Solo partiendo de estos principios se entiende que el artículo 156 bis, 2 CP disponga que «[d]el mismo modo se castigará a los que, en provecho propio o ajeno: a) solicitaren o recibieren, por sí o por persona interpuesta, dádiva o retribución de cualquier clase, o aceptaren ofrecimiento o promesa por proponer o captar a un donante o a un receptor de órganos; b) ofrecieren o entregaren, por sí o por persona interpuesta, dádiva o retribución de cualquier clase a personal facultativo, funcionario público o particular con ocasión del ejercicio de su profesión o cargo en clínicas, establecimientos o consultorios, públicos o privados, con el fin de que se lleve a cabo o se facilite la extracción u obtención ilícitas o la implantación de órganos ilícitamente extraídos».

III. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CONSENTIMIENTO DEL RECEPTOR

En el artículo 156 bis.3 CP se castiga la conducta del receptor que consiente la realización del trasplante conociendo su origen ilícito. Teniendo cuenta que la pena señalada para esta conducta es la prevista para las conductas del artículo 156 bis, 1 CP, un sector de la doctrina propone una sugerente interpretación restrictiva del precepto: su ámbito de aplicación habrá de quedar circunscrito a aquellos supuestos en los que el receptor no se limite a estar de acuerdo con el ofrecimiento del donante, ya que dicho comportamiento difícilmente sería adecuado desde una perspectiva objetiva para atentar contra el bien jurídico protegido, sino que a través de su comportamiento condicione o limite significativamente la libertad del ofertante del órgano⁴⁰. Frente a esta exégesis quizá quepa objetar, no obstante, que la misma podría dejar vacío de contenido el artículo 156 bis, 2 CP, que castiga a los que, en provecho propio o ajeno, solicitaren o recibieren, por sí o por persona interpuesta, dádiva o retribución de cualquier clase, o aceptaren ofrecimiento o promesa por proponer o captar a un donante o a un receptor de órganos (a); y a los que ofrecieren o entregaren, por sí o por persona interpuesta, dádiva o retribución de cualquier clase a personal facultativo, funcionario público o particular con ocasión del ejercicio de su profesión o cargo en clínicas, establecimientos o consultorios, públicos o privados, con el fin de que se lleve a cabo o se facilite la extracción u obtención ilícitas o la implantación de órganos ilícitamente extraídos (b).

Sea como fuere, el legislador penal español no se muestra completamente insensible a la realidad que suele llevar al receptor del órgano a realizar alguna de las conductas previstas en el tipo para conseguir un órgano humano ajeno, al disponer que las penas previstas en el mismo *«podrán ser rebajadas en uno o dos grados atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable»*. Resultan perfectamente imaginables, en este contexto, situaciones de excepcionalidad del receptor-enfermo equiparables a una exigente incompleta de estado de necesidad o miedo insuperable, una atenuante de arrebató, obcecación o estado pasional de entidad semejante o una atenuante analógica a alguna de las anteriores. Tres rasgos significativos de la atenuación de la responsabilidad penal establecida por el artículo 156 bis.3 CP son su carácter facultativo (*«podrán»*), la posibilidad de reducir la pena en mayor o menor medida (en concreto, *«en uno o dos grados»*) y la referencia a las *«circunstancias del hecho y del culpable»* como criterios rectores de la decisión. Ciertamente, la combinación de

⁴⁰ CARRASCO ANDRINO, RECPC, 2021, p.

estos tres factores permitirá una considerable adaptación judicial al caso concreto. Sería imaginable desestimar la atenuación de la responsabilidad penal, por ejemplo, cuando la realización de la conducta típica venga motivada por la voluntad de evitar una ligera demora en la lista de espera y el trasplante perseguido únicamente sirva para proporcionar una modesta mejora en su calidad de vida. En el otro extremo se encontraría el paciente en situación de urgente riesgo vital al que el sistema sanitario doméstico no proporciona solución alguna ⁴¹.

IV. COROLARIO

Con base en cuanto se ha expuesto a través del presente trabajo, puede concluirse, a modo de conclusión, que España viene desempeñando en el contexto comparado un papel decididamente protagónico en materia de órganos humanos. Lo hace, no obstante, en un sentido diametralmente opuesto. Por un lado, para seguir liderando, un año más, la clasificación mundial en donaciones, en el marco de un sistema sanitario público de donación, extracción y trasplante de órganos que constituye auténtico objeto de envidia en el contexto internacional, ante el creciente escasez de donantes en muchos territorios. Y, por otro —en este caso ya de modo mucho más atendible—, para encabezar la lucha contra el tráfico ilegal de órganos con una durísima Política criminal caracterizada por la amplitud de conductas penalmente perseguidas; por lo extremadamente elevado de las consecuencias jurídicas previstas para las mismas; por la escasa condescendencia con la figura del receptor del órgano objeto de tráfico; y, finalmente, por la limitación aplicativa de la legislación penal española ante los supuestos —aunque escasamente habituales— más graves. Si, ciertamente, el comercio ilegal de carne humana, en condiciones de precariedad social del donante y de opulencia económica del receptor, bien puede merecer las etiquetas de indigno o inhumano, un empleo del Derecho penal precisamente tan poco digno o humano como el exhibido por el artículo 156 bis CP no constituye precisamente el mejor modo de luchar eficazmente contra el mismo.

⁴¹ CANCIO MELIÁ, en KUDLICH/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (DIRS.), *Cuestiones actuales del D. penal médico*, 2017, p. 24; CARRASCO ANDRINO, *RECPC*, 2021, pp. 55 ss., analizando y descartando en ambos casos la posibilidad de aplicar las eximentes de estado de necesidades y de miedo insuperable, por el efecto oclusivo que el artículo 156 bis CP provocaría sobre las mismas.

CAPÍTULO LXXI
SISTEMAS DE CONTENCIÓN DE VEHÍCULOS, SEGURIDAD
DE MOTOCICLISTAS Y ARTÍCULO 385 CP

JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RUS
Catedrático Emérito de Derecho Penal. Universidad de Córdoba

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Para colaborar en este homenaje al Profesor Javier de Vicente Remesal, que tan merecido lo tiene después de tantos años de dedicación ejemplar a la docencia, a la investigación y a la universidad, he elegido una cuestión que –hasta donde conozco– no se ha tratado específicamente, pero que, a mi juicio, tiene un cierto interés: la posible responsabilidad penal de quienes han creado la norma de cuidado sobre las barreras de protección ante obstáculos utilizado en las carreteras españolas (en particular su sistema de soportes) y quienes la mantienen en vigor y aplican a pesar de tener constancia fehaciente de que constituyen un grave riesgo para la circulación de los motociclistas¹.

¹ Para evitar confusiones en la interpretación de la OC 35/2014, a la que después nos referimos, se utiliza la denominación «vehículos de motor», para referirse a los vehículos de cuatro o más ruedas, y la de «motociclistas» para aludir a los vehículos de dos ruedas. El problema afecta también a los ciclistas, aunque el peligro más grave y evidente es para los motociclistas. Para mayor comodidad, transcribo el texto del precepto: Artículo 385: «Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o a las de multa de doce a veinticuatro meses y trabajos en beneficio de la comunidad de diez a cuarenta días, el que originare un grave riesgo para la circulación de alguna de las siguientes formas: 1.ª Colocando en la vía obstáculos imprevisibles, derramando sustancias deslizantes o inflamables o mutando, sustrayendo o anulando la señalización o por cualquier otro medio. 2.ª No restableciendo la seguridad de la vía, cuando haya obligación de hacerlo.»

El soporte legal de esa eventual responsabilidad es el artículo 385 CP, que castiga con la pena de prisión de seis meses a dos años o a las de multa de doce a veinticuatro meses y trabajos en beneficio de la comunidad de diez a cuarenta días, a quien originare un grave riesgo para la circulación mediante los procedimientos que especifica². En relación con este precepto trataré únicamente lo que estimo que guarda relación directa con lo que ha de ocuparnos: (i) qué debe entenderse por originar un «grave riesgo para la circulación»; (ii) por qué las barreras de protección ante obstáculos constituyen un riesgo grave para la circulación de motociclistas; (iii) si su colocación puede integrar la conducta típica de colocación en la vía de «obstáculos imprevisibles» o de creación del riesgo «por cualquier otro medio»; y (iv) la eventual responsabilidad de quienes han decidido y deciden sobre su diseño y colocación y mantienen las actuales condiciones de uso, aun siendo conscientes de los riesgos graves que ello entraña para los motociclistas.

Anticipo ya que mi respuesta es positiva: efectivamente, creo que la exigencia de esa responsabilidad penal es posible; aunque lo verdaderamente deseable es que desaparecieran pronto las condiciones que la provocan.

II. EL «GRAVE RIESGO PARA LA CIRCULACIÓN»

Como indica la propia rúbrica, la seguridad vial es el bien jurídico que pretenden proteger las figuras delictivas del Cap. IV del Tít. XVII CP, que se dedica a la protección de la seguridad colectiva. No me extenderé en su conte-

² Del estudio de este delito me he ocupado ya en alguna otra ocasión, v. GONZÁLEZ RUS, Puntos negros, vías en obras y seguridad del tráfico, en Estudios Penales en Memoria del Profesor Agustín Fernández Albor, Santiago, 1989, pp. 381 ss. El análisis que hice entonces sigue vigente, porque el precepto no ha sufrido después modificación alguna (salvo la pena). Por la misma razón, conserva absoluta vigencia la bibliografía que allí se utiliza, en donde se recogen aportaciones de grandes penalistas, ya de edad avanzada, algunos de ellos tristemente desaparecidos, y cuya obra –en estos y en tantos otros temas–, conserva plena autoridad y vigencia. Vid., por todos, BELTRÁN BALLESTER, Las obstaculizaciones al tráfico. Examen del artículo 340 bis b) del Código Penal español, en Delitos contra la seguridad del tráfico y su prevención, Valencia, 1975, pp. 21 ss. BERISTAIN IPIÑA, El delito de peligro por conducción temeraria (notas al artículo 340 bis.a), n.º 2), en Revista de Derecho de la Circulación, 1970 (separata). CEREZO MIR, Problemas fundamentales de los delitos contra la seguridad del tráfico, en Problemas fundamentales del Derecho Penal, Madrid, 1982, pp. 277 ss. CÓRDOBA RODA, Comentarios al Código Penal, III, Barcelona, 1978, pp. 1273 ss. GÓMEZ PAVÓN, El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes, Madrid, 1985, pp. 78 ss. MIR PUIG, Conducción temeraria y el nuevo artículo 340 bis.d) del Código Penal, en Derecho de la Circulación, Madrid, 1993, pp. 184 ss. SILVA SANCHEZ, Consideraciones sobre el delito del artículo 340 bis.a). 1.ª del Código Penal (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas), en Derecho de la Circulación, Madrid, 1993, pp. 150 ss. Entre las fuentes que he utilizado, debo resaltar las observaciones de don Juan CHASTÁNG, reconocido experto en seguridad vial, que, en sendos correos, me ayudó a desentrañar la normativa aplicable y me aportó valiosas observaciones sobre la aplicación de la OC 35/2014.

nido y finalidad. Baste decir que la razón por la que constituye un bien jurídico autónomo es obvia: el tráfico rodado es hoy el ámbito en el que se origina el mayor número de lesiones a bienes jurídicos fundamentales de la persona (vida, salud, patrimonio); circunstancia que convierte a la seguridad vial o de la circulación (a la que se refiere el artículo 385 CP) en presupuesto necesario de su protección penal. De esta forma, la seguridad vial es, por una parte, un aspecto fundamental de la seguridad colectiva; por otra, una forma mediata de proteger bienes jurídicos individuales cuya importancia justifica que la intervención penal se anticipe y actúe en el ámbito del tráfico rodado.

La alusión legal del artículo 385 CP a «la circulación», primero (párrafo inicial), y a la «seguridad de la vía», después (hipótesis 2.^a), no supone identificar como protegidos dos bienes jurídicos distintos: se trata de un mismo contenido sustancial, por cuanto las condiciones seguras de la vía constituyen un contenido esencial de la seguridad vial o de la circulación. La particularidad del artículo 385 CP es situar la protección en las condiciones de la vía que tienen que ver con la seguridad de la circulación de sus usuarios; extendiendo la eventual responsabilidad a cualquier persona y no solo a los conductores.

Imprescindible para la aplicación del precepto es que con las conductas típicas se origine un «grave riesgo para la circulación». «Riesgo» es sinónimo de «peligro»; y ambos términos aluden a la probabilidad de que se produzca la lesión de un bien jurídico. En todo caso, la «seguridad» pretendida por el Código penal no puede entenderse como aspiración a procurar una circulación exenta de peligro, porque la simple participación en el tráfico rodado supone de suyo la probabilidad de daño propio o ajeno. En realidad –más modestamente–, lo único que puede hacer la ley penal es prohibir conductas que (en las condiciones que describe cada tipo) incrementan el riesgo que es admisible (permitido) en el tráfico rodado. En definitiva: sancionar conductas infractoras de la norma objetiva de cuidado y creadoras del riesgo grave sancionado en cada caso.

El riesgo para la circulación debe ser *grave* y debe haber sido *originado* por el autor. Grave, es algo «de mucha entidad o importancia», dice el DRAE. Y como se demuestra después, el riesgo que para los motociclistas suponen los postes que fijan al suelo las barreras de protección de vehículos es, sin duda, objetiva y manifiestamente, muy grave.

Ese «grave riesgo» para la circulación se debe haber «originado», directa, claramente, por alguno de los comportamientos que el precepto señala. Conductas, que van referidas a los elementos estructurales de la vía que la hacen segura para la circulación. Para lo cual es preciso su diseño correcto, la elección adecuada de materiales, la ejecución conforme al proyecto, la señalización apropiada y suficiente, el necesario mantenimiento, el respeto de terceros

a las condiciones de la vía, etc. El presupuesto fáctico del art. 385 CP –al que se refiere el grave peligro para la circulación–, es, pues, el conjunto de condiciones establecidas en la norma de cuidado aplicable, en la que se definen las condiciones de seguridad de las vías, y conforme a la que se desarrollan los proyectos de carreteras, la ejecución de los mismos y el mantenimiento de la red de carreteras.

III. SISTEMAS DE CONTENCIÓN ANTE OBSTÁCULOS Y «GRAVE RIESGO» PARA LA CIRCULACIÓN DE MOTOCICLISTAS

1. Norma de cuidado sobre sistemas de contención de vehículos

Uno de los elementos esenciales de la seguridad de la vía es el «sistema de contención de vehículos», que se desarrolla en la Orden Circular 35/2014 Sobre Criterios de Aplicación de Sistemas de Contención de Vehículos, de 19 de mayo de 2014³.

En la OC se aprueban (ap. Primero) las recomendaciones que se incluyen en el anejo a la misma: «Recomendaciones sobre criterios de aplicación de sistemas de contención de vehículos»; aplicables a los que se instalen de forma permanente en las carreteras del Estado. Actualmente, es la norma de referencia en la materia porque anuló «en todo su contenido» las órdenes circulares anteriores sobre sistemas de contención de vehículos, barreras de seguridad y pretilos y sistemas de protección de motociclistas (ap. Quinto OC). Su ámbito de aplicación se extiende a los proyectos y obras de actuaciones en general, incluyendo los proyectos de carreteras de nueva construcción y de acondicionamiento de las existentes (ap. Segundo OC) En las vías autonómicas, provinciales y locales, rige la legislación de cada territorio, que no difiere de la que

³ En lo sucesivo, OC 35/2014, o simplemente OC, cuando no haya posibilidad de confusión (se cita, por apartados –disposiciones iniciales– y por artículos, al referirse a las recomendaciones del anejo a la OC). Aprobada por el Director General de Carreteras, dependiente de la Secretaría General de Infraestructuras, integrada en la Secretaría de Estado de Infraestructuras Transporte y Vivienda, del Ministerio de Fomento (hoy de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana). Entró en vigor el 2 de junio del mismo año. La normativa aplicable sobre la materia se ha recogido siempre en órdenes circulares, y sus disposiciones se califican como «Recomendaciones». La OC 35/2014, deroga las órdenes circulares anteriores y trata conjuntamente tanto los sistemas de contención de vehículos como los sistemas de protección de motociclistas. En todo caso, contiene las exigencias técnicas necesaria para la aprobación de proyectos viarios de la administración (J. CHASTÁNG). También guardan relación con la materia las normas UNE, 135-121, 135-122 y UNE-EN 1317, a las que se remite la propia OC 35/2014. El marco general de la norma de cuidado en relación con la planificación, elaboración de proyectos, ejecución y mantenimiento y explotación de las carreteras se establece por la Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de carreteras, y normativa de desarrollo.

se establece con carácter general; de hecho, hasta donde alcanzo a conocer, salvo disposiciones parciales, las autonomías no han desarrollado una normativa propia que modifique los criterios de la OC. No hay, pues, en función de la titularidad de las vías, diferencias en torno a los criterios técnicos sobre las barreras de seguridad.

En todo el contenido de la OC se hace patente que su objeto es la configuración de sistemas de contención de vehículos (ya se ha dicho: de cuatro o más ruedas). Así lo reconoce la OC al diferenciar entre «la contención de vehículos» y los «sistemas de contención para usuarios más vulnerables, como es el caso de los motociclistas», a los que se refiere complementaria y sumariamente al final de las recomendaciones.

La OC 35/2014 insiste reiteradamente en que la finalidad de los sistemas de contención de vehículos es proporcionar «un cierto nivel de contención a un vehículo fuera de control, de manera que se limiten los daños y lesiones tanto para sus ocupantes como para el resto de los usuarios de la carretera y otras personas u objetos situados en las proximidades» (Preámbulo OC). Dentro del sistema de contención se incluyen las barreras de seguridad y los pretiles, que tienen por finalidad mitigar las consecuencias de un «accidente de circulación por salida de la vía» y la «protección de los ocupantes del vehículo». Los distintos medios de contención se distinguen «por los efectos y consecuencias que el impacto de un vehículo tiene sobre sus ocupantes, sobre el vehículo y sobre el propio sistema» (art. 2.1 OC).

Con la misma claridad y contundencia se deja claro que las barreras de contención (o seguridad) son un obstáculo que se interpone en la marcha del vehículo para evitar la colisión con otro obstáculo distinto o evitar un desnivel: «Las barreras de seguridad son dispositivos (sistemas) que se sitúan a lo largo de los márgenes exteriores de una carretera o en la mediana para evitar que los vehículos que se salen de la calzada alcancen un obstáculo o un desnivel» (art. 2.1, 3.1, 4.2.1, 6.1.1 y 6.1.2 OC, entre otros preceptos de la misma). Las barreras de seguridad y pretiles se situarán «de forma que intercepten la trayectoria de los vehículos fuera de control que, de no estar aquellas llegarían a alcanzar los desniveles u obstáculos» (art. 6.1.1 OC). Son eficaces cuando hay un «vehículo fuera de control y disminuyen la severidad del accidente mediante la absorción de una parte de la energía cinética del vehículo y la reconducción de su trayectoria» (art. 2.3 OC). Por tanto: obstáculo que se colocan con la finalidad de evitar otro, o un desnivel, para reducir los daños en accidentes de vehículos.

También se ocupa la OC –como no podía ser de otra forma– del sistema de fijación al suelo de estas barreras de contención de vehículos, lo que se hace mediante postes de acero que la fijan al firme, separados unos de otros, dejando un

amplio espacio libre entre sí, y entre la barrera de seguridad y el pavimento. Postes, pues, que fijan al suelo el «obstáculo» que supone la barrera de contención de vehículos y que constituyen en sí mismos, a su vez, un obstáculo adicional.

2. Norma de cuidado y sistemas de protección de motociclistas

¿Constituye este sistema de contención de vehículos un grave riesgo para la circulación de los motociclistas? ¿Por qué?

Pues sí, lo constituye, y muy grave, incluso letal. De ello es perfectamente consciente la OC 35/2014, que advierte que, además de los sistemas de contención de vehículos, se contemplan en ella «sistemas de protección de motociclistas» (art. 8 OC). La misma denominación y el desarrollo posterior ponen de relieve que, en realidad, en relación con los motociclistas, lo que se hace necesario es protegerlos del riesgo grave que para ellos representa el sistema de contención de vehículos que la OC prescribe. De hecho, entre los factores a tener en cuenta en la elección del sistema más apropiado se dispone expresamente que «se analizarán los riesgos potenciales antes y *después* de la instalación de los sistemas de contención de vehículos» (art. 8 OC). O lo que es lo mismo: que su colocación puede comportar riesgos para la circulación.

La razón de esa protección especial viene impuesta por las peculiaridades de los accidentes de las motocicletas y de sus riesgos específicos, muy distintos de los que son propios de los accidentes de los vehículos. La OC describe tal diferencia con gran claridad: Cuando el conductor pierda el control de la motocicleta y, como consecuencia, se produzca la caída, sus usuarios se deslizarán por la superficie del pavimento, teniendo tendencia a salirse de la vía (art. 8 OC). Lo que no dice es que cuando eso ocurra colisionará con el obstáculo que representan las barreras de protección de vehículos. Más exactamente: colisionará inevitablemente con los postes verticales con los que se fijan al suelo los sistemas de contención de vehículos.

Esta ineluctable consecuencia agrava extraordinariamente los riesgos de la colisión. Y ello, porque –como, aún sin detalles, reconoce también la OC (art. 8)– los postes verticales hacen que la parte del cuerpo que impacta con ellos quede parada en seco, mientras que el resto del cuerpo continuará con la inercia de la caída y seguirá libremente su trayectoria por debajo de la barrera de protección para vehículos y a través del espacio vacío que se ha dejado entre unos postes y otros y entre la barrera de protección y el suelo. Lo que equivale a menudo a la muerte, la mutilación o lesiones mortales o muy graves para los

motociclistas, incluso en accidentes que en otras circunstancias no habrían provocado tan graves consecuencias.

La respuesta de la OC a estos riesgos (que describe y que, por tanto, conoce muy bien) muestra, sin embargo, una llamativa minusvaloración de tan grave amenaza. Aunque se hayan necesitado demasiados años (y vidas), finalmente la OC 35/2014 prohíbe definitivamente los postes «IPN»: «*Debido a la experiencia con los sistemas de contención de vehículos que emplean como soportes los postes IPN, no se emplearán los mismos debido al peligro que suponen para los motociclistas*» (art. 8 OC). Los postes IPN son soportes de acero de «doble T», con aristas angulares (o, como describe gráficamente la propia OC: «perfiles con aristas vivas en los soportes de los sistemas de contención», artículo 5 OC) contra los que colisionan los motociclistas. Y la «experiencia» que invoca es, sin duda, la constancia de que esas «aristas vivas» han provocado durante años la muerte o mutilaciones, terribles incapacidades y lesiones gravísimas a muchos de ellos.

Tales postes IPN habían sido prohibidos (que no proscritos de nuestras carreteras) para reposiciones y mantenimiento parcial de los sistemas de contención por la OC 6/2001, manteniendo las ya instaladas en sistemas de contención de vehículos en servicio hasta ese momento⁴. Finalmente, la OC 35/2014 (ap. Cuarto) «prohíbe la utilización de sistemas que empleen soportes con perfiles IPN o similares»; aunque quedan abiertas incertidumbres respecto de los que siguieran operativos en los sistemas de contención de vehículos instalados antes de 2014⁵.

La conformidad que despierta la medida, sin embargo, no permite ocultar que los modelos sustitutivos de los postes IPN, de perfil triangular o cuadrangular, o similares, con los bordes redondeados, no resuelven en modo alguno el problema, como ya se ha dicho y como se reitera a continuación.

⁴ La OC 6/2001 para la modificación de la OC 321/95 T y P en lo referente a barreras de seguridad metálicas para su empleo en carreteras de calzada única, modificaba el punto 3 de la OC 321/95, prohibiendo que el mantenimiento o reposición parcial de los sistemas de contención de vehículos se hiciera en el futuro con postes IPN. No obstante, no obligaba a la sustitución de los que estaban instalados hasta ese momento, considerando expresamente como «eficaces» las instalaciones de sistemas de contención de vehículos en servicio hasta ese momento. Es decir: mantiene hasta la OC 35/2014 un riesgo que sabe que es muy grave para los motociclistas.

⁵ Lo mismo puede decirse respecto de los «cables atirantados», como sistema de soportes de la barrera de protección al firme: «La existencia de este tipo de sistemas, podrían motivar la necesidad de disponer sistemas de protección de motociclistas, aun cuando no fuera estrictamente obligatorio atendiendo a lo preceptuado en el punto ocho de las presentes recomendaciones» (art. 5 OC 35/2014).

3. Riesgo grave para la seguridad de motociclistas originados por la OC 35/2014

La única forma de evitar los graves daños señalados es instalando sistemas de protección específica de tipo «continuo» o «barreras de seguridad para protección de motociclistas» (art. 3.1 y 8 OC 35/2014), que garantizan que ninguna parte del motociclista supera la posición del sistema de contención para vehículos durante un eventual choque contra un poste. Dicho más claramente: bandas continuas por debajo de las barreras de seguridad para vehículos, que cubren los postes de sujeción al suelo de éstas y no dejan vacíos por los que pueda continuar su inercia el cuerpo del motociclista. Esta es la única forma de evitar la colisión de solo una parte del cuerpo con ellos, haciendo que se reparta la fuerza del impacto en toda la superficie de contacto y, lo que es más importante, evitando que ninguna parte del cuerpo supere la vertical de la barrera de contención de vehículos.

Esto, obviamente lo saben, y muy bien, quienes redactan y mantienen en vigor la OC 35/2014, plenamente conscientes de los peligros que para los motociclistas supone el sistema de contención de vehículos que acaban de regular tan minuciosamente. Sin embargo, la posición de la OC respecto de ello es muy insuficiente: quienes la redactan y aplican saben cómo eliminarlos, pero no se deciden a hacerlo, optando por cerrar los ojos a los graves peligro que ello supone para los motociclistas. Como sistema específico de protección de motociclistas se recomienda en la OC a las «barreras continuas», que son las únicas que protegen del impacto con los postes de sujeción al suelo, garantizando a la vez que ninguna parte del cuerpo del motociclista supere después de la colisión la vertical del sistema de contención de vehículos. Son, por tanto, el único sistema capaz de proporcionar una protección eficaz del motociclista en caso de accidente y colisión contra los sistemas de contención de vehículos.

La OC se refiere también a los sistemas de protección del motociclista de tipo «puntual» (que no garantizan el «efecto barrera» de los sistemas «continuos»), estableciendo que pueden emplearse provisionalmente o por razones muy justificadas de explotación, o cuando se trate de configuraciones que no permitan la disposición de sistemas continuos, por cuestiones relativas a la explotación (art. 8.1.c OC). En todo caso, a la hora de elegir el sistema, «Como norma general se emplearán aquellos sistemas para protección de motociclistas que, presentando una severidad menor, permitan una mejor conservación y explotación del tramo de carretera donde se aplique» (art. 8.2 OC). Confusa previsión que, como en otras recomendaciones, parece condicionar la seguridad del motorista incluso a las conveniencias de explotación y conservación de la carretera.

En la misma línea de subordinar la protección de los motociclistas a otras conveniencias, debe recordarse que los sistemas de protección de éstos sólo se instalarán «en determinados tramos de las carreteras y siempre sobre sistemas de contención de vehículos cuya necesidad viene determinada por razones distintas a dicha protección.» (ap. Cuarto OC). Es decir: que los criterios que sigue la OC 35/2014 para la protección de motoristas es utilizarlos solo en «determinados tramos» en los que hay instaladas barreras de contención de vehículos que se han colocado en base a la necesidad de protección de éstos, y no de los motociclistas. Con lo cual, resulta, por una parte, que la OC no contempla la posibilidad de establecer un sistema de protección de motociclistas donde no se haya estimado necesario previamente un sistema de contención de vehículos; por más que las condiciones del tramo o de la carretera pudieran reclamar lo contrario. Por otra, que no se dispondrán medidas de protección de motociclistas donde se ha colocado el obstáculo que suponen los postes y barreras de contención de vehículos, sino sólo en algunos tramos de ellos. Lo que reafirma la protección subordinada, fragmentaria y mínima que se entiende que deben recibir los motociclistas⁶.

Este enfoque de la OC 35/2014, que constituye la premisa básica de sus disposiciones sobre los sistemas de protección de motociclistas, en realidad, evidencia el error de base del que parte y su manifiesta insuficiencia: ignorar que el principal obstáculo del que hay que proteger a los motociclistas es de los postes de sujeción de los sistemas de contención de vehículos que en ella se regulan; pretende esconder que donde hay un sistema de contención de vehículos sin barrera continua de protección se ha originado y se mantiene un grave peligro para la seguridad vial de los motociclistas.

Frente al criterio de la OC 35/2014, el postulado coherente con todo ello es aceptar sin ambages que donde se ha colocado el obstáculo que supone una barrera de contención de vehículos fijada al suelo con postes, debe haber una barrera continua de protección de motociclistas que elimine los riesgos que tal sistema inevitablemente supone para estos. De no ser así, se adopta como principio básico del sistema de seguridad de los motociclistas que la forma idónea de garantizar su vida e integridad ante obstáculos o desniveles es colocándole delante unos postes mortales, que suponen un obstáculo tanto o más peligroso que el que se pretende evitar. Con la escandalosa paradoja de que para cumplir con la obligación de salvaguardar la vida y la integridad de los conductores de

⁶ Sobre esas premisas, la OC 35/2014 detalla los criterios de empleo y disposición de los sistemas para protección de motociclistas en atención a los que se hará la recomendación de su instalación, en base a clase de carretera, velocidades máximas permitidas y radios de curvas (art. 8.1 OC).

vehículos se genera para los motociclistas un peligro adicional al propio del obstáculo o desnivel que quería evitarse, tanto o más grave que aquél.

La OC 35/2014 no consigue ocultar la poca simpatía que le despiertan los accidentes de los motociclistas, que relaciona con «tramos en los que se combinan fuertes deceleraciones con maniobras bruscas sobre la trayectoria del vehículo (art. 8 OC)». Comparte, y alimenta la imagen del motociclista como sujeto alocado, irresponsable y peligroso que conduce siempre temerariamente, y que, por eso, en cierta medida, se «merece lo que le pase». Olvida, así, que lo mismo podría decirse de las pérdidas de control de los vehículos de cuatro ruedas (que son los que se toman en cuenta precisamente para colocar las barreras y pretilas), que también circulan y tienen accidentes en los mismos tramos de curvas entrelazadas, con velocidades excesivas y deceleraciones incluidas. Y, asimismo, tampoco se toma en cuenta que los accidentes pueden producirse también como consecuencia de imprudencias de otros usuarios de la vía, por invasión del carril propio por otro vehículo, mala conservación del firme, y otras circunstancias ajenas a la conducta del motociclista o del conductor. Sin olvidar, desde luego, que en esos tramos especialmente peligrosos deben situarse también eficaces sistemas de detección de infracciones y aplicar con toda severidad las sanciones disponibles, a vehículos y a motocicletas.

En todo caso, lo que «se merece» el motociclista es una garantía de protección de su vida y de su integridad personal idéntica a la que merece cualquier conductor de un vehículo: Todos son usuarios de las carreteras, todos están habilitados para utilizarlas, todos pagan sus impuestos, todos se enfrentan a los mismos riesgos y todos tienen derecho a que se les reconozca idéntica seguridad vial. Es inmoral proteger a unos, poniendo para ello en grave peligro a otros, cuya seguridad se desprecia.

Por consiguiente, puede concluirse que la OC 35/2014, a la vez que configura un sistema de contención de vehículos que es eficaz para evitar la colisión de éstos contra obstáculos situados fuera la vía o para evitar la caída por desniveles, origina un grave peligro para la circulación segura de los motociclistas, sin adoptar las medidas necesarias para evitarlo.

IV. OTROS ELEMENTOS DEL DELITO

Acreditado que el sistema vigente de protección de motociclistas, lejos de ser tal, origina, por mor de la OC 35/2014, un grave riesgo para su circulación, procede ahora comentar las dos formas típicas de generar ese riesgo grave:

«Colocando en la vía obstáculos imprevisibles» y «o por cualquier otro medio», que se incluyen en la forma primera de comisión del artículo 395.1.ª CP.

Aunque ha quedado claro que la OC 35/2014 concibe al sistema de contención de vehículos como un «obstáculo», no creo que sea ésta la modalidad típica aplicable a los mismos. Sobre todo, porque el obstáculo debe haber sido «colocado» por el autor en la vía pública y la elaboración, aprobación y mantenimiento en vigor de una orden circular no parece que satisfaga la exigencia legal. No creo que fuera inconveniente, sin embargo, la exigencia típica de que ese obstáculo sea «imprevisible». De una parte, porque la señalización de la carretera advierte sobre la existencia de una curva, pero no de la presencia de un sistema de contención de vehículos peligroso para motociclistas. La previsión de velocidades máximas en general y específicas en ciertos tramos no constituye una medida eficaz de protección ante ese grave riesgo, pues, aun respetándolas, los postes de sujeción de los sistemas de contención de vehículos siguen suponiendo un riesgo inevitable de incremento de las consecuencias de cualquier accidente de los motociclistas. En todo caso, la señalización no puede ser nunca suficiente para excluir la posible responsabilidad penal ante la creación de un peligro grave para la circulación: con señalización o sin ella, hay peligros que no pueden originarse directamente por la norma de cuidado y mantenerse durante años conociendo sus graves riesgos. Hacer de otra forma sería tanto como decidir la venta libre de armas, en base a que el folleto que debe acompañar a la pistola advierte detalladamente sobre sus peligros.

Ninguna duda hay, en cambio, a mi juicio, en que la apelación legal a «por cualquier otro medio», permite considerar típicos también los peligros creados directamente por la norma de cuidado aplicable. Ni siquiera se reclama similitud de ese «cualquier otro medio» con las conductas descritas, lo que convierte en virtualmente típica cualquier conducta capaz de originar el grave riesgo para la seguridad de la vía. Obsérvese, por añadidura, que lo que debe ser grave es el riesgo que se origina y no la conducta que lo provoca.

El dolo requiere el conocimiento y volición de los elementos objetivos del tipo. En definitiva: ser consciente de que las recomendaciones sobre la protección de motociclistas que se prevén en la OC 35/2014 originan un grave riesgo para ellos y, no obstante, aprobarla y mantenerla en vigor. Y que ello se sabía, pero que esa consciencia no impidió establecer tales sistemas, aprobarlos y mantenerlos hasta hoy mismo, lo ponen claramente de manifiesto las propias disposiciones de la OC al declarar «eficaces» en 2014 y mantener para el futuro «las instalaciones de sistemas de contención actualmente en servicio» (ap. Tercero OC).

La prohibición de postes IPN o similares, ya comentada, resulta insuficiente para eliminar el grave riesgo para los motociclistas, porque –como la propia OC 35/2014 reconoce– sólo son eficaces las barreras continuas añadidas a los sistemas de contención de vehículos. Medida que, sin embargo, ni se adoptaron entonces con carácter general ni se han adoptado después. Los redactores de la OC, quienes la aprueban en su día, y quienes, pudiendo cambiarla, la mantienen todavía en vigor y ordenan su aplicación, eran y son perfectos concededores de los graves peligros que comportan los postes de sujeción de los sistemas de contención de vehículos y acreditan, pese a ello, su voluntad de mantener el grave riesgo. Y ello a pesar de las continuadas peticiones y protestas públicas de los colectivos interesados.

No hay ninguna causa de justificación invocable que permita amparar tales comportamientos. Aunque no puedo detenerme en ello, incluso una breve reflexión sobre la eventual aplicabilidad del estado de necesidad objetivo descartaría pronto su aplicación. Ni siquiera son invocables razones económicas: de hecho, la OC no utiliza en ningún momento el argumento económico para sus recomendaciones sobre el sistema de contención de vehículos y sobre los pretendidos sistemas de protección de motociclistas. Ni siquiera hay, que se sepa, previsión alguna para eliminar con carácter general los graves riesgos creados por la OC 35/2014 y mantenidos hasta hoy.

En principio, la responsabilidad más directa corresponde a los autores de la OC 35/2014 y a quienes la aprobaron⁷. Asimismo, pueden considerarse autores quienes, teniendo capacidad para anularla o revisarla, la mantienen en vigor y ordenan su aplicación con conciencia de los graves riesgos para la seguridad de los motociclistas. A quienes han redactado proyectos de carreteras conforme las disposiciones de la OC, a los contratistas que han ejecutado las obras de construcción y a quienes han llevado a cabo su mantenimiento conforme a la OC, no puede, a mi juicio, reclamárseles responsabilidad penal alguna.

Tampoco pueden ignorarse las posibilidades de aplicación que ofrece la forma 2.^a del artículo 385 CP, declarando también la responsabilidad criminal de quienes no restablezcan la seguridad de la vía, cuando «haya obligación de hacerlo». La utilización del término *restablecer* en el n.º 2.º del artículo 385 CP, debe entenderse como eliminación de los elementos o circunstancias que crean el grave peligro para la circulación, cualquiera que sea la causa que los haya originado. De esta forma, no hay dificultad alguna

⁷ El anejo a la OC, con las recomendaciones que se aprueban, fue elaborado por la Comisión para la Revisión de Criterios de Aplicación de Sistemas de Contención de Vehículos, formada por Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, funcionarios expertos en seguridad vial de la Dirección General de Carreteras, cuya identidad se recoge en la Orden Circular, p. 1.

para considerar comprendidos los casos en los que el riesgo viene generado directamente por la normativa aplicable.

Sólo realizan el delito quienes están obligados a actuar, debiendo entenderse por ello la existencia de una obligación jurídica, nacida de la ley, el contrato o el cargo o la función que se desempeña, que impone el deber de restaurar las condiciones de la vía y eliminar el grave riesgo para la circulación. La Ley de carreteras prevé la realización de auditorías de seguridad viaria antes de su puesta en servicio, conforme a las normas que reglamentariamente se establezcan (art. 14 LC). Igualmente, se establece que el Ministerio de Fomento llevará a cabo periódicamente inspecciones de seguridad viaria en la red de carreteras del Estado, con objeto de identificar elementos susceptibles de mejora por motivos de seguridad, de acuerdo con la normativa aplicable al efecto (art. 21 LC). Para los concesionarios de carreteras se establece la obligación de facilitar la información que se le requiera en relación con el tráfico y la seguridad viaria de las infraestructuras en concesión (art. 24 LC). Todo lo cual puede constituir base legal suficiente para la obligación legal de actuar. La obligación opera sobre quienes no hayan sido los autores de la alteración previa, puesto que los que hayan creado el grave riesgo para la circulación alterando la vía responderán por el n.º 1.

Respecto de la prescripción, no debe plantearse problema alguno porque el artículo 385 CP es un delito permanente: si bien se consuma con la realización de la conducta que origina el riesgo grave para la circulación, crea una situación antijurídica que se mantiene hasta tanto se elimine la situación de riesgo.

CAPÍTULO LXXII

EL «DELITO RIDER» (ART. 311.2.º CP): EL DERECHO PENAL DEL TRABAJO A LA CARRERA

JUAN CARLOS HORTAL IBARRA

Profesor Agregado de Derecho Penal. Universidad de Barcelona

I. EL ESTADO DE SALUD DE LOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES: LA DESNATURALIZACIÓN COMO PERSISTENTE SÍNTOMA

1. En el CP del 95 el legislador, acertadamente, decidió reunir en el Título XV los distintos ilícitos penales que, de forma dispersa, se preveían en el ACP. Los delitos contra los derechos de los trabajadores constituyen la espina dorsal del llamado «Derecho penal del trabajo» que tiene por finalidad reforzar la labor tuitiva dispensada por el Derecho laboral, garantizando así un plus de protección a los trabajadores por cuenta ajena. Un colectivo que, estructuralmente, se encuentra en una situación de inferioridad con respecto al empresario¹. Esta desigualdad material que, en su día, justificó la creación del Derecho laboral como rama autónoma del ordenamiento jurídico, se erige en el fundamento último de la intervención penal en este ámbito. La reunificación

* Sirva esta contribución para rendir un sentido y merecido homenaje al Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal con motivo de su jubilación, y expresar mi agradecimiento a sus discípulos y amigos por la amable invitación cursada. El presente trabajo fue enviado a la coordinación el 12/09/2023.

¹ Como dejó dicho el TS a principios de los 90: «(...) se busca en conclusión la protección de la parte económica y socialmente más débil, para evitar el perjuicio, a veces irreparable, que actividades ilícitas del empresario pudieran originar» (STS 500/1993, 3-03, FD 1.º).

de los delitos laborales marcó un hito en la consolidación, doctrinal y jurisprudencial, del Derecho penal del trabajo en tanto disciplina formalmente vinculada, pero materialmente autónoma del Derecho penal empresarial². Significó la mayoría de edad para un sector de la legislación penal cuya fragmentación sistemática lastró en el pasado el protagonismo y peso específico que sí alcanzó con esta oportuna compilación³.

2. Hasta las reformas perpetradas en las LLO 7/2012, 1/2015 y 14/2022, los delitos contra los derechos de los trabajadores eludieron la hiperactividad que, de un tiempo a esta parte, aqueja al legislador español, dotando de una cierta estabilidad a este sector del ordenamiento penal. De hecho, «únicamente», fueron objeto de cuatro modificaciones: a) en la LO 4/2000, se elevó la pena de prisión prevista en el artículo 312 CP, originariamente fijada en una privación de libertad de tres meses a tres años a la actualmente establecida en un marco penal de dos a cinco; b) en la LO 15/2003, se dobló el marco penal abstracto de la pena de multa en el delito de discriminación laboral, pasando de los seis a doce meses a la vigente de doce a veinticuatro; c) en la LO 13/2007, se amplió la aplicación del derogado artículo 313.1 CP, castigando tanto el favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores a España como a otros países de la Unión Europea; y d) en la LO 11/2003, se adicionó un inciso final en la llamada «cláusula de extensión de la autoría» (art. 318) con la que se facultó a Jueces y Tribunales a imponer algunas de las consecuencias accesorias antaño calificadas como la antesala de la responsabilidad penal de las personas jurídicas –en adelante RPPJ– y, todavía hoy, reguladas en el artículo 129 CP. Un cambio que, como los anteriores, podría calificarse de menor, pero que con la incorporación de la RPPJ en 2010 se tornó en una disfunción político-criminal mayor⁴, porque los delitos que se erigieron en avanzadilla de las primeras fueron relegados con el establecimiento de la segunda⁵.

3. No obstante, ya bien entrado el siglo XXI, los delitos contra los derechos de los trabajadores también sucumbieron a la voracidad legislativa y fue-

² Cfr. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Los delitos contra los derechos de los trabajadores: lo que sobra y lo que falta, ADPCP, LVII 2004, p. 22; y MUÑOZ SÁNCHEZ, El delito de imposición de condiciones ilegales de trabajo del art. 311 del Código Penal en el marco del derecho penal del trabajo, 2008, p. 14.

³ Así lo ha reconocido también la jurisprudencia de la mano, entre otras, de la icónica STS 247/2017, 5-04: «Los delitos contra los derechos de los trabajadores suponen una de las modificaciones fundamentales en la regulación que introdujo el CPenal de 1995 en el Título XV, título de nueva creación, que carecía de precedentes en la regulación penal anterior, si bien existían algunas figuras aisladas destinadas a tutelar los derechos de los trabajadores» (FD 3.º).

⁴ Cfr. Díez Ripollés, La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española, In-Dret 1/2012, pp. 13-14, quien utiliza idéntico calificativo y cuyo argumentario comparto.

⁵ Cfr. LASCURAÍN SÁNCHEZ, La prevención del delito contra la seguridad de los trabajadores, en NIETO MARTÍN (Dir.), Manual de cumplimiento penal en la empresa, 2015, p. 516.

ron presa del efecto combinado de dos fenómenos íntimamente conectados como son la expansión penal y el populismo punitivo. La receta político-criminal aplicada en su implementación es de todos conocida: **a)** la ampliación del catálogo de delitos; **b)** la agravación de las penas; **c)** la indeterminación de las conductas típicas; **d)** la ausencia de antijuridicidad material suficiente; y **e)** la consiguiente difuminación de las fronteras con respecto a los homólogos ilícitos administrativo-laborales. Una decisión que, en el caso de los delitos laborales, alteró su propia esencia, por cuanto se pusieron al servicio de unos intereses que, no siéndoles absolutamente ajenos, resultarían contrarios a su auténtica razón de ser⁶.

4. El proceso de desnaturalización se inició con la aprobación de la LO 7/2012 en que, tomando la crisis económico-financiera –y de valores– como telón de fondo, se amplió el artículo 311 y elevó a la categoría de delito la ocupación simultánea de una pluralidad de trabajadores «*sin comunicar su alta en el régimen de la Seguridad Social*» o «*sin haber obtenido la correspondiente autorización de trabajo*» (art. 311.2.º, ahora desplazado al n.º 3 por la LO 14/2022). Sin embargo, a diferencia de lo previsto en el Ap. 1.º, se eliminaron los únicos elementos que habrían permitido dotar de una cierta lesividad a tales conductas. Por un lado, la concurrencia de «*engaño*» o «*abuso de situación de necesidad*». Y, por el otro, la acreditada imposición de condiciones laborales lesivas para con los derechos laborales reconocidos a este colectivo, más allá de los aparejados a dicha situación de irregularidad administrativa. Una pérdida en términos de injusto que se «compensó» condicionando la tipicidad a una plural afectación de trabajadores cuyo porcentaje varía en atención a la mano de obra así contratada sobre el conjunto de la plantilla. Pero que resultó a todas luces insuficiente para transformar meros ilícitos administrativo-laborales (arts. 22.2 y 37.1 LISOS) en delitos que, además, son castigados con una pena draconiana de hasta seis años de prisión o nueve de concurrir, respectivamente, el tipo básico (art. 311.1.º) o el agravado (art. 311.5.º).

5. La desconfiguración de los delitos laborales continuó con la promulgación de la LO 1/2015 en que se criminalizó el empleo reiterado de extranjeros y la contratación de un menor de edad, careciendo en ambos supuestos de permiso de trabajo (art. 311 bis). Aunque manifestó el legislador que con dicha tipificación culminaba la trasposición de la Dir. 2009/52/CE (arts. 9.1 a y 9.1. e), lo cierto es que, incomprensivamente, dejó fuera la conducta materialmente

⁶ Sobre esta cuestión más detalladamente, HORTAL IBARRA, Tutela de las condiciones laborales y reformas penales: ¿el ocaso del Derecho Penal del Trabajo?, RDPC 20, 2018, pp. 68-71. En parecidos términos, TERRADILLOS BASOCO, Delitos contra los derechos de los trabajadores: veinticinco años de política errática, EPCr 41, 2021, pp. 1-3.

más grave: la contratación, a sabiendas, de trabajadores víctimas de la trata de seres humanos (art. 9.1.d). En el artículo 311 bis se proyectó con mayor intensidad si cabe la voluntad de fortalecer los mecanismos extra-penales de lucha contra la inmigración irregular. Al igual que sucediera en la LO 7/2012, a la parca justificación de la reforma en el Preámbulo, se sumó el déficit de antijuricidad material en sendos comportamientos típicos, su incorrecta ubicación y la desconcertante pena establecida. Se omitió toda referencia al menoscabo de los derechos laborales que legitimaría la intervención penal, pivotando el fundamento del castigo en la contratación reiterada de «*ciudadanos extranjeros*» o el empleo de un menor sin permiso de trabajo. Se procedió así a la reconversión en delito de un simple ilícito «administrativo-laboral», desatendiendo los principios del Derecho penal en tanto máxima expresión del *ius puniendi*⁷.

6. De momento, la última modificación operada en el seno del Título XV trae causa de la incorporación en la LO 14/2022 del «delito *rider*» (art. 311. 2.º). Con esta llamativa denominación pretendo ser original, pero también denunciar *ab initio* una «intuición». El que se pueda «filiar» el ilícito alumbrado revelaría que asistimos a otra automatizada respuesta penal ante la incapacidad o falta de voluntad de acometer, en esta ocasión, un supuesto de ingeniería laboral pergeñado con la intención de rentabilizar un nuevo modelo de negocio producto de los avances tecnológicos, y satisfacer los renovados hábitos y patrones de consumo potenciados durante el confinamiento pandémico. Ante el problema jurídico-social que suscitó la masiva contratación de los, popularmente conocidos «*riders*», el legislador no sopesó la mejora de los múltiples y variados instrumentos extra-penales como tampoco barajó la posible subsunción en los tipos penales preexistentes. Carecemos todavía de evidencias empíricas que permitan calibrar la eficacia político-criminal de la decisión adoptada. Ahora bien, disponemos de sobrados precedentes para colegir que favorecerá la inflación del Derecho penal en general y la *precarización* del Derecho penal del trabajo en especial⁸.

7. Ciertamente, el novedoso delito respondería a la finalidad político-criminal de prevenir y castigar la contumaz rebeldía demostrada por alguna de las más conocidas plataformas de reparto a domicilio. Ya sea al acatamiento de

⁷ Cfr. RODRÍGUEZ-LÓPEZ, El delito de ocupación reiterada de personas extranjeras sin autorización de trabajo (art. 311 bis CP), en FERNÁNDEZ CABRERA/FERNÁNDEZ DÍAZ (Dirs.), Retos del Estado de Derecho en materia de inmigración y terrorismo, 2022, pp. 457-474, quien, junto al riguroso análisis político-criminal y técnico-sustantivo del precepto, ofrece un detallado estudio del –modesto pero esclarecedor– bagaje jurisprudencial.

⁸ Sobre el primero de los fenómenos y sus distintas derivadas, sucintamente, HORTAL IBARRA, Hiperactividad penal y emancipación doctoral: ¿aplicación del delito contra la seguridad laboral en plena emergencia sanitaria?, Foro FICP, 2022-1, pp. 207-212.

las resoluciones judiciales resolviendo la laboralidad de la prestación como a los requerimientos de la Inspección de Trabajo y las sanciones administrativas impuestas a tal fin. Se trató de apuntalar las funciones de supervisión y control de la normativa laboral asignadas a la Inspección con el propósito de asegurar el cumplimiento de sus requerimientos previos y el pago de las multas administrativas impuestas en sus propuestas de sanción. De tal forma que, ya adelante, no estaríamos ante un delito laboral *strictu sensu*, sino más bien una desobediencia específicamente incriminada encaminada a fortalecer, en última instancia, la potestad de autotutela de la administración.

8. En definitiva, el otrora considerado epicentro de los delitos contra los derechos de los trabajadores, se ha convertido, a golpe de reforma, en la principal manifestación de la mutación experimentada por el Derecho penal laboral. La razón primigenia de esta transformación radica en la simultánea confluencia con otros intereses jurídicos que nada o poco tienen que ver con la protección de este vulnerable colectivo. Llámense, la libre competencia empresarial, el reforzamiento de la potestad de autotutela de la administración laboral en general o de los mecanismos destinados a reducir la inmigración informal en particular⁹.

II. EL «DELITO RIDER»: OTRA CONTRIBUCIÓN A LA PRECARIZACIÓN DEL DERECHO PENAL DEL TRABAJO

1. En la LO 14/2022, nuestro hiperactivo legislador nos obsequió con otro «artefacto jurídico-penal» que pasó inadvertido a la opinión pública ocupada como estaba con la derogación de la sedición y la reconfiguración de la malversación¹⁰. La deficiente técnica jurídico-penal desplegada en su redac-

⁹ Sobre el específico empleo de los «delitos laborales» de nuevo cuño en la causa migratoria, HORTAL IBARRA, ¿Por qué los llaman delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros cuando, siempre, quisieron reforzar el control estatal sobre los flujos migratorios irregulares (art. 318 bis CP)?, en GÓMEZ MARTÍN et al., (Dir.), Un modelo integral de Derecho penal: Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy, 2022, pp. 1192-1193.

¹⁰ La guía técnico-penal para proceder a su interpretación es francamente limitada porque, salvo error u omisión por mi parte, únicamente contamos con los siguientes trabajos: LASCURAÍN SÁNCHEZ, Más para el catálogo de excesos punitivos: el nuevo delito de camuflaje de la laboralidad, Almacén de Derecho, 2023, disponible en: <https://almacendederecho.org/mas-para-el-catalogo-de-excesos-punitivos-el-nuevo-delito-de-camuflaje-de-la-laboralidad>; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, El nuevo delito de imposición (o mantenimiento) de condiciones ilegales a los trabajadores mediante su contratación con fórmulas ajenas al contrato de trabajo del art. 311-2.º del Código Penal, en GONZÁLEZ CUSSAC (Coord.), Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código Penal, 2023, pp. 91-104; y PÉREZ GONZÁLEZ, El artículo 311 del Código Penal: ¿la ley penal Glovo?, Almacén de Derecho, 2023, disponible en: <https://almacendederecho.org/el-art-311-del-codigo-penal-la-ley-penal-glovo>. Todos los autores citados destacan los defectos técni-

ción resulta acorde con el nulo debate parlamentario que precedió a su apresurada incorporación¹¹. No en vano, el nuevo «delito laboral» constituyó el producto de la enmienda de adición n.º 63 formulada por la dupla formada por los Grupos Socialista/Unidas Podemos y sustentada en una «prolija» fundamentación por escrito: «*mejora técnica*». Claro está, la calidad de los textos legales finales es inversamente proporcional al tiempo dedicado a la evaluación de la realidad empírica que avalaría la intervención legislativa en general, así como a las razones político-criminales y dogmáticas que respaldarían el recurso al Derecho penal en particular. Desde luego, el uso compulsivo-partidista de la máxima expresión del *ius puniendi*, no fomenta el encargo de estudios rigurosos acerca de la prevalencia del fenómeno socialmente nocivo sobre el que se pretende incidir. Pero tampoco la reflexión pausada y argumentada que merece la incriminación de todo comportamiento, y la consiguiente limitación de la libertad que su comisión determina para el victimario. Desafortunadamente, el conjunto de la LO 14/2022 es un claro ejemplo de la improvisación con la que se opera, pero también del insoportable grado de instrumentalización y banalización del que está siendo víctima el Derecho penal.

2. El nuevo ap. 2.º adicionado y la consiguiente reordenación numérica del desigual, en términos de injusto, artículo 311 responde al siguiente tenor literal: «*Los que impongan condiciones ilegales a sus trabajadores mediante su contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo, o las mantengan en contra de requerimiento o sanción administrativa*». El precepto estructurado como un tipo mixto alternativo contiene dos conductas típicas distintas que, según se expone en el Prámbulo, responderían a la respectiva e inmediata materialización de sendos objetivos *en pro* de la mediata protección del conjunto de derechos mínimos e irrenunciables reconocidos al colectivo de los trabajadores por cuenta ajena. Por una parte, «*el nuevo precepto pretende cubrir una laguna de punibilidad sobre hechos vinculados, en general pero no exclusivamente, a nuevas tecnologías que, a partir del uso de sistemas automatizados, permiten el incumplimiento masivo de la correcta utilización del contrato de trabajo*». Y, por la otra, «*pretende garantizar la efectividad del ordenamiento jurídico laboral y de su sistema de control administrativo ante incumplimientos del mismo en detrimento de los derechos, individuales y colectivos, de las personas trabajadoras*».

co-legislativos del precepto, pero MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ defiende tanto la caracterización del bien jurídico como su justificación político-criminal (pp. 92-95).

¹¹ Un letal binomio el de la celeridad/irreflexión sobre el que también hace hincapié ALABAU PEREIRO en su inédito pero minucioso examen, El nuevo delito de imposición o mantenimiento de condiciones ilegales a los trabajadores (art. 311.2.º CP), Seminario UPF, 2023, pp. 1 (nota 1) y 21.

3. No obstante, bajo el mantra de la nominal tutela de los derechos de este vulnerable colectivo, el legislador olvidó mencionar otros dos intereses entrelazados que, respectivamente, se ampararían en ambos comportamientos: **a)** la salvaguarda de la libre competencia empresarial alterada con motivo de los menores costes asumidos en la contratación de autónomos en lugar de trabajadores por cuenta ajena; y **b)** la garantía del efectivo ingreso de las cotizaciones de la Seguridad Social no percibidas como consecuencia de la diferencia resultante entre el alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA), y la inscripción en el Régimen General. Unos intereses que, no estando plenamente al margen del objeto jurídico protegido en el artículo 311.1.º CP, no casarían con su genuino fundamento: prevenir y, en su caso, castigar al empleador que, amparado en la estructural asimetría inherente a la relación laboral y aprovechándose de la concreta situación de vulnerabilidad del trabajador, lo explota mediante la imposición de unas condiciones laborales notoria y gravemente perjudiciales. Lo cual significaría, *a contrario*, que los meros y puntuales incumplimientos contractuales constituirían el hábitat natural de los ilícitos administrativo-laborales. Así lo exigiría la vigencia de los principios de intervención mínima, fragmentariedad y subsidiariedad consustanciales al Derecho penal, cumplidamente citados en las escuetas Exposiciones de Motivos, pero efectivamente preteridos en los textos aprobados.

4. Si ahondamos en las razones aducidas por el legislador constatamos que con la nueva tipificación se quiere combatir, en general, la figura de los «falsos autónomos» y, en particular, la más mediática y actual de sus manifestaciones: la calificación jurídica que merecería la relación contractual entablada entre quienes prestan sus servicios como repartidores a domicilio y las empresas propietarias de las plataformas digitales que, sirviéndose de la inteligencia artificial, garantizan el contacto de los oferentes y los demandantes de los productos. Un modelo de negocio enmarcado en la llamada economía colaborativa que difumina los conceptos de empresario y, en especial, de trabajador y contribuye a debilitar la de por sí ya frágil línea que separa la relación laboral de la mercantil. A tal fin se gestó un «delito *ad hoc*» como fórmula magistral en el tratamiento de una realidad económico-social creciente y cambiante cuya solución ordinaria se encontraría en el efectivo y ágil Derecho administrativo-sancionador y no en el efectista y extraordinario Derecho penal. Y una vez más, en lugar de intensificar los recursos humanos y materiales a disposición de la Inspección de Trabajo y mejorar los instrumentos con los que cuenta el Derecho administrativo sancionador para asegurar el pago de las cuantiosas multas fijadas, se accionó la electoralista palanca punitiva explotando las finalidades preventivo-intimidatorias y comunicativo-pedagógicas que le son propias.

5. O más concretamente, en última instancia, se pretendía reforzar la presunción de laboralidad introducida en la DA 23.^a ET por obra de la Ley 21/2021 y mediáticamente conocida como «Ley *rider*», dando a su vez carta de naturaleza legal a la STS 805/2020, 25-09. Primer fallo del Alto Tribunal en que dictaminó que el vínculo establecido entre el repartidor-demandante y la plataforma digital Glovo-demandada era laboral. No solamente por concurrir las notas de personalidad, voluntariedad, y remuneración, sino, especialmente, los definitorios rasgos de dependencia y ajenidad que, a la postre, facilitarían el disfrute de los derechos intrínsecos a la condición de trabajador asalariado frente a la de –falso– autónomo». Y es en el contexto de esta mutación de la relación de trabajo producto de la cuarta revolución industrial, donde tórpemente irrumpió el legislador que, huyendo del Derecho del trabajo, cayó en las garras del Derecho penal.

6. Como viene sucediendo «últimamente», el legislador optó por el patrón político-criminal equivocado de sobreexplotar, simbólicamente, la veta punitiva –sin dotación presupuestaria suplementaria– en busca del cortoplacista rédito electoral. Todo ello en detrimento de la menos «vistosa» pero económicamente costosa solución extra-penal que requería, tras el previo y exhaustivo examen de las debilidades y fortalezas del sistema sancionatorio en su conjunto, la implementación de sendas acciones. Primero, aumentar sustancialmente el número de inspectores de trabajo y los medios técnicos puestos a su disposición, equiparándonos de este modo a los deseables y tan cacareados estándares europeos¹². Y, segundo, tipificar como infracción muy grave la plural contratación de trabajadores valiéndose de fórmulas ajenas al contrato estrictamente laboral, a sancionar con una cuantía económica lo suficientemente elevada como para desincentivar su capitalización en el balance corporativo. La exclusiva y preferente activación de la vía administrativo-sancionadora en la disuasión y represión de este fraude de ley, nos habría ahorrado otro exceso punitivo, y la simultánea consecución del doble objetivo con ella perseguido: asegurar el eventual disfrute de las condiciones laborales consustanciales al contrato de trabajo, y el efectivo ingreso de las preceptivas cuotas a la Seguridad Social que permiten la financiación presente y futura de sus prestaciones¹³.

¹² «Curiosamente» meses después de la entrada en vigor del «delito *rider*», la prensa se hacía eco de la huelga indefinida anunciada por los Inspectores de Trabajo en protesta, entre otras reivindicaciones, por la infradotación de medios materiales y técnicos en el seno de su organización: https://www.eldiario.es/economia/inspeccion-trabajo-inicia-huelga-exigir-mejoras-prometidas-creimos-llegariamos_1_10325674.html.

¹³ De ahí que no le falta razón a LASCURAÍN SÁNCHEZ, Más..., Almacén de Derecho, 2023, p. 2, cuando se pregunta: «¿hace falta aquí el Derecho penal?; ¿no estaremos utilizando los cañonazos antes de intentarlo con las flechas?; ¿por qué no empezamos con una infracción administrativa específica?».

7. Conviene recordar que, actualmente, el empleador se enfrenta a dañinas consecuencias económicas cuando se declara judicialmente la laboralidad del vínculo subrepticia y normalmente camuflado en forma de contrato mercantil. Por un lado, deberá abonarle la indemnización legal máxima (33 días por año trabajado) de prosperar la demanda por despido improcedente. Y, por el otro, habrá de pagar cuantiosas multas administrativas cuando el procedimiento de oficio tiene su origen (art. 148 LOJS), como suele ser lo habitual, en las actas de infracción de la Inspección en respuesta a la comisión de dos ilícitos laborales: **a)** la omisión inicial del alta en el RGSS o, sobrevenidamente, tras requerimiento de la Inspección (arts. 22.2 y 40.1.e.1.º LISOS), que se traduce en una infracción grave por trabajador afectado y el pago de una multa de 9.601 a 12.000 euros de estimarse en su grado máximo; y **b)** el no ingreso de las correspondientes cuotas de cotización que, en tanto infracción muy grave, se sanciona en su grado máximo con una multa del 130,01% al 150% del importe en el que se incluyen los recargos, intereses y costas (arts. 23.1.b y 40.1.d.2.º LISOS). Dada la orfandad de explicación en el Preámbulo, desconocemos por qué tales instrumentos resultaron insuficientes para doblegar la beligerante actitud de las *todopoderosas* plataformas digitales de reparto y garantizar la indemnidad de la relación laboral. Y, consecuentemente, por qué devino a continuación inevitable el recurso al Derecho penal, cínicamente calificado como la «última ratio», cuando la realidad, tozudamente, nos confirma que se ha tornado la «prima ratio».

8. Ahora bien, aunque me pese la opción elegida, no queda otra que concretar el alcance típico del nuevo artículo 311.2.º CP. Una tarea, dicho sea de paso, nada sencilla si atendemos a la falta de pericia demostrada en su incriminación. El núcleo del injusto radica en el camuflaje de una relación laboral bajo otra fórmula ficticiamente utilizada que se traduciría *per se* en la imposición de unas condiciones ilegales. De tal forma que se establece una desmesurada pena (de seis meses a seis años) como respuesta a una conducta que, a diferencia del artículo 311.1.º, no requiere de la concurrencia ni de engaño ni abuso de necesidad y en la que, *de facto*, se equiparan ilegalidad y lesividad¹⁴. De ahí que, en consonancia con la interpretación acogida por la jurisprudencia en torno al artículo 311.1.º, se postule

¹⁴ Cfr. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Más..., Almacén de Derecho, 2023, p. 4; PÉREZ GONZÁLEZ, El artículo..., Almacén de Derecho, 2023, p. 3. De hecho, entre las distintas organizaciones que aglutinan a una parte de los repartidores a domicilio reina una cierta pugna entre quienes defienden encarecidamente la conversión forzosa de los «riders» en trabajadores asalariados, y los que postulan la continuidad como autónomos pero introduciendo especificidades acordes con las singularidades del sector. Disputa que ha trascendido a los medios de comunicación: https://www.elplural.com/economia/batalla-interna-riders-asalariados-autonomos_242868102.

con razón la necesidad de exigir, junto a la ilicitud, la efectiva imposición de unas condiciones gravemente lesivas que denoten la explotación del trabajador en sintonía con la naturaleza de los delitos laborales¹⁵. De igual forma que, partiendo del concepto fáctico acogido por el TS¹⁶, nada impedía la subsunción del novedoso comportamiento en el art. 311.1.º, siempre y cuando, concurrieran los medios comisivos allí exigidos¹⁷.

9. Por otra parte, siendo cierto que en la mente del legislador siempre planeó la idea de combatir el fenómeno de los falsos autónomos en general y el de los *riders* en especial, nada impide su extensión a otros grupos de casos en que el vínculo formalmente generado no coincide con el materialmente suscrito. Dícese, los «falsos cooperativistas de trabajo asociado» que interactúan principalmente en el sector cárnico, donde se enmascaran auténticas relaciones laborales bajo simulados lazos societarios que permiten el disfrute de un régimen especial de la Seguridad Social y propician situaciones de competencia desleal en el mercado de trabajo. Igualmente podría subsumirse en el artículo 311.2.º el fenómeno de los «falsos becarios», protagonizado por jóvenes que, bajo la falsa apariencia de una actividad formativa, realizan una prestación de servicios inherente a una relación laboral. Por el contrario, no encontraría acomodo típico la transformación en parcial de los contratos a tiempo completo. Una fraudulenta práctica que comporta tanto la pérdida de derechos laborales y de Seguridad Social como de recursos con los que nutrir el sistema debido a las menores cuotas de cotización declaradas y, por tanto, ingresadas. Dichos supuestos podrían encajar en la conducta prevista en el artículo 311.1.º, de probarse una notoria lesión de los derechos laborales impuesta mediante engaño o situación de necesidad¹⁸.

10. Sin embargo, mayores críticas merece si cabe la conducta típica consistente en mantener las condiciones ilegales impuestas bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo «*en contra del requerimiento o sanción administrativa*». La primera es la equiparación a efectos penológicos de dos comportamientos desiguales en términos de injusto. No en vano, es más grave perseverar en la imposición de las condiciones ilegales una vez requerido por la Inspección o sancionado administrativamente que la mera contratación al margen de la efectiva relación laboral realizada. Estaríamos ante una suerte de delito pluriofensi-

¹⁵ Cfr. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Más..., Almacén de Derecho, 2023, p. 4.

¹⁶ Clarificadoramente expresado en la STS 348/17, 17-05: «*Ha de tratarse de una verdadera relación laboral, es decir prestación de servicios por cuenta ajena, habitualidad en los mismos, dependencia, retribución y jornada legal...*» (FD 3.º).

¹⁷ Cfr. ALABAU PEREIRO, El nuevo delito de ... pp. 6, 12, 19. De otra opinión, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en González Cussac, Comentarios a la LO 14/2022, 2023, pp. 95 y 98-99.

¹⁸ Cfr. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Más..., Almacén de Derecho, 2023, pp. 4-5.

vo *sui generis* en el sentido de que, formalmente, se configuraría como un ilícito penal contra los derechos de los trabajadores y una desobediencia autónomamente incriminada a modo de refuerzo del sistema administrativo-sancionador. La segunda objeción viene determinada por la omisión de las resoluciones judiciales como objeto del contumaz incumplimiento en una especie de gradación invertida en la que se primaría lo administrativo sobre lo jurisdiccional. Y la tercera, es la repetición de la formulación típica ensayada en la tipificación del delito contra la discriminación laboral que está en la base de su nula aplicación como ya advirtió la doctrina y desatendió el legislador en 2022.

11. Con el fin de restringir el radio de acción del artículo 311.2.º y proporcionar mayores cuotas de seguridad jurídica al justiciable, se han propuesto, hasta la fecha, dos bienintencionadas interpretaciones. Se sostiene que el requisito de la advertencia canalizada vía requerimiento o sanción sería exigible tanto al que impone como al que mantiene¹⁹. Y en la misma línea, se defiende que todas las contrataciones al margen del contrato de trabajo en las que se impongan condiciones ilegales serán formalmente típicas. Pero únicamente se perseguirán y castigarán las que desatendieran los requerimientos administrativos²⁰. Ambas exégesis toparían, sin embargo, con la literalidad del precepto y la propia voluntad legislativa expresada en el Preámbulo. Son dos los verbos típicos utilizados en la concreción de su alcance y en modo alguno pueden equipararse semánticamente, por cuanto primero se castiga la imposición de condiciones ilegales mediante la suscripción de un contrato que no es laboral. Y, alternativamente, se criminaliza el contumaz mantenimiento de las condiciones tras la advertencia formulada por la Inspección. Ya sea con carácter previo al inicio del expediente sancionador o bien tras la imposición de una sanción por la Administración en correspondencia con el acta de infracción levantada como cierre del mismo²¹.

III. LA «ERRÓNEA» ELECCIÓN DE UNA CONJUNCIÓN COMO CONCLUSIÓN

De aceptarse a regañadientes la justificación político-criminal del «delito de camuflaje laboral», podría concluirse que sencillamente el legislador «erró» en la elección de la conjunción y debió sustituir la disyuntiva por la copulativa.

¹⁹ Cfr. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Más..., Almacén de Derecho, 2023, p. 8.

²⁰ Cfr. PÉREZ GONZÁLEZ, El artículo..., Almacén de Derecho, 2023, p. 3.

²¹ Cfr. ALABAU PEREIRO, El nuevo delito de ..., pp. 14-15.

Esta aseveración estaría fundamentada en una triple consideración. En primer lugar, casaría con el que constituyó el verdadero *leit motive* de la reforma: evitar y reprimir la flagrante desobediencia demostrada por las grandes corporaciones que, sistemáticamente, se negaron a acatar los requerimientos y sanciones administrativos tendentes a emplear como asalariados a quienes lo hacían como falsos autónomos. En segundo lugar, permitiría dotar de un mínimo de antijuridicidad material a la conducta con el que compensar las carencias que presenta el precepto como «genuino» delito laboral. Y, por último, coincidiría con la técnica legislativa utilizada en la tipificación del, inédito judicialmente hablando, artículo 314 CP donde, acumulativamente, se exige la concurrencia de una grave discriminación y el no restablecimiento de la situación desoyendo el requerimiento o sanción administrativa encaminados a reparar los daños económicos irrogados. Un requisito con el que el legislador restringió el castigo de los actos discriminatorios a los casos de contumacia, pero que, paradójicamente, lastró la puesta en práctica del precepto. Ya habrá tiempo para valorar el crédito que merece mi *léxico-gramatical* conclusión, pero ya tarda el legislador, empeinado como está en la progresiva desnaturalización del Derecho penal del trabajo, en subsanar una imperdonable omisión: la inclusión de los delitos contra los derechos laborales en el régimen de la RPPJ. Dada la propensión al remiendo penal, desde luego ocasiones no le faltarán para satisfacer esta reincidente reclamación doctrinal²².

²² Cfr. HORTAL IBARRA, RDPC 20, 2018, pp. 74-75; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Más..., Almacén de Derecho, 2023, p. 8; POMARES CINTAS, El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo, 2013, p. 52; TERRADILLOS BASOCO, EPCt 41, 2021, pp. 51 ss.

CAPÍTULO LXXIII

REFLEXIÓN CRÍTICA SOBRE EL ACTUAL CONCEPTO JURÍDICO DE TERRORISMO

CRISTINA ISABEL LÓPEZ LÓPEZ
Profesora Ayudante Doctora de Derecho penal.
Universidad de Oviedo

I. EL ACTUAL CONCEPTO JURÍDICO DE TERRORISMO EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Hasta el año 2015, la definición de terrorismo recogida en el CP se caracterizaba por la concurrencia de tres requisitos: la comisión de uno de los delitos enumerados en el tipo penal, la concurrencia de un fin político (subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública) entendido este como un elemento subjetivo del tipo, y la existencia de un elemento estructural. Es decir, los delitos de terrorismo se configuraban como «violencia política organizada»¹.

¹ Entre muchos otros, LAMARCA PÉREZ, Tratamiento jurídico del terrorismo, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1985, pp. 95 y 207-208; ASÚA BATARRITA, El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal. Delitos de terrorismo. «finalidades terroristas», y conductas periféricas, en: Cancio Meliá/Gómez-Jara Díez (coords.), Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión, vol. 1, Edisofer, 2006, p. 264; CAPITA REMEZAL, El concepto jurídico de terrorismo: los delitos de terrorismo en el Código Penal de 1995, un análisis doctrinal y jurisprudencial: especial referencia al terrorismo individual, Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2007, pp. 39-40; CANCIO MELIÁ, Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto, Reus, 2010, pp. 85-87; GEPC, Una alternativa a la actual política criminal sobre terrorismo, Grupo de Estudios de Política Criminal, 2008, pp. 12-13, GEPC, Una propuesta de renovación de la política criminal sobre terrorismo, Grupo de Estudios de Política Criminal y Tirant lo Blanch, 2013, pp. 26-27; PAREDES CASTAÑÓN, Terrorismo y principio de intervención mínima: una propuesta de despenalización, en: Alonso Rimo/Cuerda Arnau/Fernández Hernández (dirs.), Terrorismo,

Sin embargo, la reforma del CP del año 2015² sometió este concepto a una total revisión.

En primer lugar, se elimina el requisito organizativo. El elemento estructural se desplaza a un segundo plano, constituyendo un delito anejo al núcleo esencial del terrorismo, por lo que ya no es imprescindible que la violencia sea ejercida desde un grupo u organización. En segundo lugar, se amplía la lista de delitos que pueden constituir la base de un delito nuclear de terrorismo. Se incluye una amplísima variedad de delitos graves³, y algún delito menos grave⁴, incluso se añaden delitos que podríamos calificar como meramente instrumentales⁵. Por último, las finalidades terroristas también sufren una expansión. Por un lado, se introducen nuevos objetivos políticos, como «suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado», «obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo» o «desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional». Pero además, se incluyen otras finalidades diferentes a las políticas, como «provocar un estado

sistema penal y derechos fundamentales, Tirant lo Blanch, 2018, p. 83; GÓMEZ MARTÍN, Notas para un concepto funcional de terrorismo, en: Serrano Piedecabras/Demetrio Crespo (dirs.), Terrorismo y Estado de Derecho, Iustel, 2010, pp. 39-41; FARALDO CABANA, Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 189-190; LLOBET ANGLÍ, Derecho penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático, La Ley, 2010, pp. 86-89 y 433; NUÑEZ CASTAÑO, El terrorismo al amparo de la reforma efectuada por la Ley Orgánica 5/2010: concepto y elementos, RP, n.º 32, 2013, pp. 196-197 y 210; PÉREZ CEPEDA, El pacto antiyihadista: Criminalización de la radicalización, Tirant lo Blanch, 2017, p. 323; COLOMER BEA, La incriminación del terrorismo individual en la reforma penal de 2015: ¿violencia política organizada?, en: Alonso Rimo/Cuerda Arnau/Fernández Hernández (dirs.), Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales, Tirant lo Blanch, 2018, p. 150.

² Ley Orgánica 2/2015, de 3 marzo, de reforma del CP en materia de terrorismo. Con esta reforma se daba cumplimiento a la obligatoria trasposición de la regulación supraestatal (Decisión marco 475/2002/JAI, del Consejo sobre la lucha contra el terrorismo) caracterizada por una tendencia expansionista impulsada desde diversas instituciones internacionales (como la ONU o el Consejo de Europa) y que responde a la reciente oleada del denominado terrorismo yihadista.

³ El propio artículo 573 establece que «se considerarán delito de terrorismo la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, falsedad documental, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías».

⁴ Por ejemplo: los delitos de hacking informático, los delitos de daños informáticos, las amenazas y coacciones o las lesiones imprudentes al feto.

⁵ Por ejemplo: delitos contra el patrimonio, las falsedades documentales o el tráfico de drogas (incluido entre los delitos contra la salud pública). Estos tipos delictivos, en relación con el fenómeno terrorista, tienen por objeto o bien la adquisición de fondos; o bien, en el caso de la falsedad documental, dificultar o imposibilitar la identificación del autor o facilitar su huida a otro país. En este sentido: CANCIO MELIÁ, Estructura típica, 2010, p. 229, PÉREZ CEPEDA, El pacto, 2017, p. 299 y POMARES CINTAS/GARCÍA RIVAS, Delitos de terrorismo, en: Álvarez García (dir.), Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial (VI. Delitos contra el orden público (II), Tirant lo Blanch, 2021, pp. 158-159.

de terror en la población o parte de ella», que podría suponer la introducción de la intimidación masiva como objetivo terrorista jurídicamente relevante.

Este nuevo concepto jurídico de terrorismo parece dar relevancia penal a características propias de una definición criminológica o sociológica, introduciendo nuevos elementos y eliminando otros que desvirtúan el injusto terrorista, dificultando su distinción de otras figuras delictivas. Considero que los elementos actualmente presentes en la definición construyendo a partir de ellos un concepto jurídico de terrorismo en el que se dé la relevancia penal adecuada a las características criminológicas que caracterizan este fenómeno delictivo. Precisamente esta escueta contribución a este libro homenaje pretende abordar esta cuestión⁶, aportando una interpretación (creo que) adecuada al elemento que actualmente se encuentra en el centro del concepto jurídico de terrorismo, es decir, del elemento teleológico.

II. REINTERPRETACIÓN DE LOS FINES TERRORISTAS

1. La intimidación masiva como elemento delimitador de la conducta terrorista

Una de las principales características del terrorismo es el efecto comunicativo que provocan sus actos, y ello porque tras la comisión de un acto terrorista se produce reivindicación de la autoría, e intrínsecamente una amenaza de repetición⁷. Tanto las características del propio acto, habitualmente de una violencia extrema y en ocasiones indiscriminada; como su posterior reivindicación, provocan un efecto de intimidación en la sociedad que se siente víctima directa de aquel acto o víctima potencial de un posible atentado futuro.

Analizado este efecto desde la perspectiva penal, provocar un estado de terror en la población o parte de ella no es en realidad una finalidad o un elemento subjetivo del tipo, sino el resultado de la conducta terrorista⁸. Y ello

⁶ Este breve artículo pretende exponer algunas de las ideas y conclusiones que, con mayor profundidad, expuse en mi tesis doctoral. Para quien desee explorar en toda su extensión los argumentos que aquí simplemente apunto, le remito a la lectura de la monografía titulada «Problemas fundamentales de los delitos de terrorismo».

⁷ Es por lo que algunos autores afirman que «el terrorismo es teatro». Entre otros: HOFFMAN, A mano armada. Historia del terrorismo, Espasa-Calpe, 1999, p. 195 o FLETCHER, The indefinable concept of terrorism, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, 2006, p. 909.

⁸ Como apuntan algunos autores, provocar terror no es un fin, sino un medio para conseguir el objetivo último de los terroristas y que se corresponde con un fin político. En este sentido LÓPEZ CALERA, El concepto de terrorismo. ¿Qué terrorismo? ¿Por qué terrorismo? ¿Hasta cuándo el terrorismo?, AFD, n.º 19, 2002, p. 56; FLETCHER, *Journal of International Criminal Justice*, 2006, pp. 901-902; CAPITA

porque la intimidación se produce a consecuencia de la elección por parte del autor de los objetivos y medios adecuados para provocar ese resultado y por la amenaza intrínseca a aquella reivindicación, por lo que esta supuesta finalidad se confunde en realidad con el dolo del autor⁹.

A pesar de la conclusión anterior considero que esta característica puede tener cierta relevancia en la construcción del tipo penal, si bien no como elemento subjetivo del tipo, pero sí como límite a la conducta nuclear de terrorismo. Ya que de las circunstancias que provocan el afloramiento de ese estado de terror en la población pueden extrapolarse determinadas características valiosas para la delimitación de la conducta terrorista, considero que del resultado de intimidación masiva pueden sustraerse unos límites que delimitan las conductas que deberían constituir el núcleo esencial de los delitos de terrorismo. Así pues, si lo que provoca ese estado de terror en la población es el uso de violencia extrema, la reivindicación de la autoría y la amenaza de repetición, creo que la conducta terrorista debería cumplir dos requisitos: uno relativo a las características de los delitos fin, que deberán ser en todo caso delitos violentos y de cierta gravedad; y otro con relación a los sujetos que deben llevarlo a cabo, que deberán formar parte de un grupo u organización con unos rasgos determinados.

a) LAS CARACTERÍSTICAS DE LA CONDUCTA DELICTIVA

Si asumimos la premisa anterior, solo las conductas violentas que objetivamente pueden llegar a provocar el efecto de intimidación masiva deberían poder incluirse en el listado de delitos fin que constituyen la base de los delitos nucleares de terrorismo. De esto se concluye que los delitos fin deberán circunscribirse a los delitos dolosos que afectan de forma grave a bienes jurídicos de la máxima importancia. Lo cual limita la conducta terrorista a la comisión

REMEZAL, Concepto, 2007, p. 82; CANCIO MELIÁ, Sentido y límites de los delitos de terrorismo, *Derecho Penal Contemporáneo. Revista internacional*, n.º 26, 2009, pp. 80-81; LLOBET ANGLÍ, Límites, 2010, pp. 68-69 y LAMARCA PÉREZ, La dimensión política del terrorismo, en: VVAA, *Liber amicorum: Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. Juan M.ª Terradillos Basoco, Tirant lo Blanch*, 2018, pp. 1342-1343.

⁹ En este sentido también CAPITA REMEZAL, Concepto, 2007, p. 242 (respecto al art. 577 (terrorismo individual) en su redacción previa a 2015); PAREDES CASTAÑÓN, El orden público como bien jurídico autónomo (y legítimo), en: Luzón Peña (dir.), *Derecho penal del estado social y democrático de derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig, La Ley*, 2010, pp. 942-943; el mismo, «Efecto social» del hecho y merecimiento de pena: para una crítica de la política criminal de la seguridad, en: Muñagorri/Pegoraro (coords.), *Órdenes normativos y control social en Europa y Latinoamérica en la era de la globalización*, Dykinson, 2011, pp. 232-233 y PÉREZ CEPEDA, *El pacto*, 2017, p. 302.

de actos que afecten a la vida (asesinato y homicidio), la integridad física (delitos graves de lesiones) y la libertad (detenciones ilegales o secuestros)¹⁰.

Cabe además añadir otros delitos que indirectamente ponen en peligro alguno de esos bienes jurídicos. Me refiero aquí a algunos delitos contra la seguridad colectiva como, por ejemplo: la comisión de delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes, de estragos o de incendio¹¹. También cabría incluir algunos delitos contra la salud pública o ciertos delitos contra el medio ambiente¹². Incluso sería factible admitir determinadas conductas de sabotaje informático dada la (cada vez mayor) dependencia informática de algunos sistemas clave para el funcionamiento de la sociedad o en ámbitos de riesgo permitido¹³. No obstante, todas ellas deberán cumplir siempre dos requisitos: que se cometan de forma dolosa y que al menos pongan en peligro concreto la vida, integridad física o libertad de las personas¹⁴.

En contraposición, se excluye de este listado los actos cuyo único objetivo sea la destrucción de bienes materiales, pues ni lesionan ni ponen en peligro concreto los bienes jurídicos antes indicados.

También cabría descartar la mera amenaza verbal de cometer un delito de terrorismo, pues esta no cumpliría los estándares mínimos de gravedad. No obstante, creo que pueden existir situaciones excepcionales (como sociedades sometidas a períodos de violencia extrema constante y ejercida por una misma organización terrorista¹⁵) en las que el efecto intimidatorio podría cumplirse con la mera amenaza de violencia. A pesar de esta posible excepción, conside-

¹⁰ En el mismo sentido, PÉREZ CEPEDA, *El pacto*, 2017, pp. 298-302; LLOBET ANGLÍ, *Límites*, 2010, pp. 77-86 y MAÑALICH, *Terrorismo y organización*, *Revista Ius et Praxis*, año 23, n.º 1, 2017, pp. 379-380.

¹¹ Por ejemplo, la manipulación de una central nuclear con el fin de provocar un fallo en el mecanismo de refrigeración que lleve finalmente a un escape de radiación sobre los lugares circundantes poniendo en peligro las vidas de los lugareños.

¹² Por ejemplo, la contaminación de una fuente de agua potable de la que se abastece una localidad, o el envenenamiento de los productos que se encuentran a la venta en un supermercado, o la venta directa de esos productos.

¹³ Por ejemplo, el jaqueo del sistema informático de un aeropuerto que impide a los controladores aéreos dar indicaciones a los aviones en cola, provocando un grave peligro en la circulación aérea. O, imaginemos que se implementa el uso de los coches autónomos, si se jaquea su sistema informático y se utilizaran estos coches para provocar una colisión múltiple o un atropello masivo.

¹⁴ Precisamente por no cumplir los criterios indicados se descarta la introducción de otros delitos que también se incluyen bajo el paraguas de los delitos contra seguridad colectiva (por ejemplo, el tráfico de drogas), pues junto a la relación existente entre la conducta realizada y el bien jurídico protegido (esto es la vida, la salud o integridad física) se incluyen otros aspectos que nada tienen que ver con la protección de aquellos.

¹⁵ Sin embargo, creo que esta sería una situación extrema en la que además se requeriría que los actos previos de violencia poseyeran la intensidad y constancia suficiente para generar el efecto terror, y la organización tuviera la suficiente credibilidad, fuerza humana y material como para que la simple amenaza de violencia fuera percibida por la sociedad no solo como objetivamente posible, sino como de indudable comisión.

ro que estas conductas podrían quedar subsumidas en otro precepto del CP, como las amenazas a un colectivo (art. 170.1 CP)¹⁶.

b) EL GRUPO U ORGANIZACIÓN COMO ELEMENTO CLAVE

La otra característica que provoca el efecto de intimidación masiva es la reivindicación y amenaza de repetición del acto. Y es que para que el terror penetre en la sociedad, se expanda y perdure en el tiempo, el acto violento debe transmitir el mensaje creíble y serio de que se va a repetir y eso creo que solo puede ser posible, al menos con la intensidad y verosimilitud que requiere el terrorismo, si existe una pluralidad de sujetos organizados y con una estrategia violenta común.

Para que la organización pueda llegar a conseguir ese efecto debe cumplir determinados requisitos. En primer lugar, debe poseer cierta estabilidad y permanencia, que creo solo podrá darse en grupos que cuenten con una cierta densidad que permita, por un lado, que los miembros sean fácilmente intercambiables unos por otros; y por otro lado, que asegure su permanencia en el tiempo¹⁷. Además, la organización debe ser una «unidad supraindividual», es decir, una entidad en la que los miembros dan vida a la organización, pero que ésta no depende del concreto individuo para su subsistencia¹⁸. Esto aporta la estabilidad y permanencia necesaria para que el grupo pueda seguir actuando más allá del primer acto consumado¹⁹.

En segundo lugar, es necesaria la existencia de coordinación entre los miembros, y con ella, el seguimiento y aceptación por todos ellos de la estrategia violenta. Por tanto, todos los miembros deben conocer y aceptar el objetivo final de la organización y la estrategia violenta para conseguirlo. Asimismo, esta coordinación debe también traducirse en la existencia de una cierta

¹⁶ Solución propuesta por LLOBET ANGLÍ, *Límites*, 2010, p. 81. Una conclusión parecida alcanza PÉREZ CEPEDA, *El pacto*, 2017, p. 301.

¹⁷ La fungibilidad de los miembros es una característica destacada por FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas*, 2012, pp. 70-71; LLOBET ANGLÍ, *Lobos solitarios yihadistas: ¿terroristas, asesinos o creyentes? Retorno a un derecho penal de autor*, en: *VVAA: Nuevas amenazas y desafíos permanentes. El Estado Islámico en el escenario internacional y la regionalización de la seguridad en América Latina*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2015, p. 52 y LAMARCA PÉREZ, *La definición del terrorismo*, en: *Cuerda Riezu (dir.)*, *El Derecho Penal ante el fin de ETA*, Tecnos, 2016, pp. 41-42.

¹⁸ Idea apuntada por FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas*, 2012, p. 72.

¹⁹ Como indica LLOBET ANGLÍ, *¿Terrorismo o terrorismos?: Sujetos peligrosos, malvados y enemigos*, *RJUAM*, n.º 31, 2015, pp. 178-179, la reiteración delictiva es uno de los pilares sobre los que se asienta la distinción entre la organización terrorista y la mera codelinuencia; y entre criminalidad organizada y «comisión organizada de un delito». En el mismo sentido, PÉREZ CEPEDA, *El pacto*, 2017, pp. 329-330.

organización entre sus miembros, lo cual no quiere decir que sea indispensable la existencia de una estructura jerárquica rígida, sino que podrán aceptarse otras formas de organización en las que el control y la transmisión de directrices sea más flexible²⁰.

Se descarta, por tanto, un terrorismo de carácter individual o de mera adhesión a los objetivos de una organización terrorista (los habitualmente denominados «lobos solitarios»). La falta de una organización disminuye no solo la posible gravedad objetiva del atentado (pues por mucho que el terrorista individual pueda llegar a utilizar armas o artefactos de una gran potencia destructiva, la capacidad destructiva no podrá equipararse al de un acto realizado por un grupo de individuos coordinados o por un solo individuo, pero con el respaldo económico y estructural de su organización²¹), sino también las posibilidades de repetición del acto, pues la amenaza se extinguiría en el mismo momento en que el concreto individuo fuera neutralizado.

2. Los fines políticos

Gran parte de la doctrina considera que los fines políticos son característica distintiva del terrorismo²². Sin embargo, cual sea la definición de

²⁰ Por ejemplo, creo que no habría inconveniente en aceptar el denominado «modelo trust», en el que existen varios grupúsculos subordinados a una única estructura operativa y estrategia global que es ejecutada por cada uno de ellos de la forma que consideren más oportuna (BORDAS MARTÍNEZ, *El terrorismo yihadista en la sociedad caleidoscópica (Aproximación criminológica al nuevo terrorismo del siglo XXI)*, Edisofer, 2006, pp. 47-49). O el «modelo de franquicia», en el que los actos se organizan de manera autónoma, pero adaptada a los requerimientos que fija una organización central (CANCIO MELIÁ, *Estructura típica*, 2010, p. 161).

²¹ De otra opinión LLOBET ANGLÍ, *Límites*, 2010, pp. 88-89, quien considera que «la potencialidad lesiva que confiere la organización al terrorismo se ve sustituida por la capacidad operativa y dañosa de los medios utilizados». Sin embargo, a renglón seguido concluye que político-criminalmente no considera adecuado el castigo de este tipo de conductas, pues su introducción llevaría a subsumir en la regulación terrorista conductas y fenómenos que nada tienen que ver con el terrorismo.

²² Por ejemplo, LAMARCA PÉREZ, *Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)*, ADPCP, Tomo 46, Mes 2, 1993, p. 545; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, 1996, p. 779; HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *De los delitos de terrorismo*, en: Conde Pumpido Ferreiro (dir.), *Código Penal, doctrina y jurisprudencia*, Trivium, Tomo III, 1997, p. 4885; BENLOCH PETIT, *El Derecho penal ante el conflicto político. Reflexiones en torno a la relevancia penal de determinados fines, opiniones o motivos políticos o ideológicos y su legitimidad*, ADPCP, vol. 54, 2001, pp. 180, 223-227; CANCIO MELIÁ, *Estructura típica*, 2010, pp. 184-185; MERINO HERRERA, *Carencias e inconvenientes de la represión penal antiterrorista*, RDPC, 3.º época, n.º 11, 2014, pp. 204-205; PÉREZ CEPEDA, *El pacto*, 2017, pp. 306-309; COTEÑO MUÑOZ, *El autoadoctrinamiento pasivo*, 2020, pp. 22-26 y POMARES CINTAS, *La deriva del Derecho Penal y la democracia. La lucha como rastreo de embriones de sospecha*, Dykinson, 2022, p. 165.

lo político o el papel que este juega en la construcción del injusto penal plantea ciertas dudas.

Comenzando por la primera de las preguntas, el fin político puede definirse de manera amplia, interpretación a la que ha coadyuvado la introducción de las nuevas finalidades terroristas recogidas en la normativa supraestatal. Así, por ejemplo, la utilización de expresiones como desestabilizar el funcionamiento de «estructuras económicas» o «estructuras sociales» parecen conectar el terrorismo con un fin político-económico o social²³, o con las actividades de movimientos antisistema o incluso animalistas²⁴. Lo mismo cabe decir de la nueva finalidad de obligar al Estado a hacer o abstenerse de hacer. Dada la laxitud de la violencia que actualmente requieren los delitos fin enumerados en el CP y a la amplitud que el fin político puede llegar a alcanzar con las nuevas finalidades; este fin podría llevarnos a concluir que cualquier conducta mínimamente violenta y que pretende presionar al Estado para que modifique cualquiera de sus decisiones, independientemente del ámbito al que afecten, ya podría ser etiquetado de terrorismo²⁵.

Al objeto de limitar esta interpretación extensiva, propongo que el sentido de las finalidades políticas se realice bajo el parámetro de afectación al sistema político, entendido como el sistema organizativo a través del cual se ejerce la política de una determinada forma y que engloba las instituciones básicas del Estado y los rasgos identificativos del sistema constitucional de-

²³ En sentido parecido, respecto al término «estructuras económicas», ZÖLLER, *Terrorismusstrafrecht: Ein Handbuch*, C. F. Müller, 2009, p. 138 y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *La reforma penal de 2015 en materia de terrorismo: el ocaso de los principios limitadores del ius puniendi*, en: Cuerda Arnau/García Amado (dirs.): *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Tirant lo Blanch, 2016, p. 138, que afirman que el legislador pretendía incluir una visión macroeconómica, entendiendo esta finalidad como afectación al «orden económico» o al «sistema de libre mercado». Y en relación con el término «estructuras sociales», CAMPO MORENO, *Comentarios a la reforma del Código Penal en materia de terrorismo: la LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 45; CERRADA MORENO, *El terrorismo. Concepto jurídico*, Bosch, 2018, pp. 314-315, autores que críticamente indican que este término puede relacionarse con la afectación a la cultura occidental.

²⁴ POMARES CINTAS/GARCÍA RIVAS, en: Álvarez García, *Tratado VI*, 2021, pp. 176-177 y POMARES CINTAS, *La deriva*, 2022, pp. 163-164.

²⁵ Por ejemplo, las protestas laborales que con violencia se enfrentan a la policía y producen diversos daños materiales y que pretenden la modificación de la política energética que llevaría al cierre del yacimiento de carbón en el que trabajan. O como indica ASÚA BATARRITA, *Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental*, en: Echano Basaldua (coord.), *Estudios Jurídicos en memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, 2002, p. 67, un motín penitenciario con toma de rehenes que intentan forzar el cambio de la política penitenciaria. O como manifiesta CANCIO MELIÁ, *El concepto jurídico-penal de terrorismo entre la negación y la resignación*, en: Alonso Rimo/Cuerda Arnau/Fernández Hernández (dirs.): *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, 2018, p. 131, los daños patrimoniales realizados para liberar a un animal que será sacrificado en una fiesta patronal con el propósito de obligar al Ayuntamiento a suspender las fiestas. En todos estos ejemplos concurren todos los elementos de los delitos de terrorismo tal y como se encuentran actualmente recogidos en nuestro CP.

mocrático. Concepto que además se ajusta a la interpretación de la tradicional finalidad «subvertir el orden constitucional», por lo que podríamos concluir que las nuevas finalidades son meras concreciones de este genérico fin²⁶.

Asumida esta definición de fin político y pasando a la segunda de las cuestiones planteadas, cabe comenzar indicando que, a pesar de que en el CP esta finalidad es presentada como un elemento subjetivo del tipo, esta tampoco cumple esa función. Y ello porque, asumiendo la posible comisión individual de estos delitos, este objetivo remitiría únicamente a una mera actitud emocional del sujeto sin directa vinculación con el hecho cometido²⁷. Y si como aquí definiendo, se aceptase la imprescindible presencia del elemento estructural, se estaría confundiendo ese elemento subjetivo con el «objeto social» de la organización, extremo que bien podría suplirse con la prueba de la pertenencia del sujeto a dicha organización²⁸.

A pesar de la conclusión alcanzada, considero que la finalidad política juega un papel determinante en la definición del terrorismo, pero quizá como un indicio del bien jurídico protegido. Sin embargo, para poder analizar esta faceta es necesario aportar una definición más precisa de lo político.

Entendido el contenido de la finalidad política como un bien jurídico colectivo, cabría partir del concepto «régimen político». Este término debe ser entendido como un concepto funcional. Y que en el caso español remite al régimen político materializado en la CE y en la configuración del Estado como democrático, social y de Derecho, en el que rigen unos determinados princi-

²⁶ En sentido parecido, ASÚA BATARRITA, LH-Lidón, 2002, pp. 67-68; CANCIO MELIÁ, Estructura típica, 2010, pp. 176-187; CANO PAÑOS, La reforma penal de los delitos de terrorismo en el año 2015. Cinco cuestiones fundamentales, RGDP, 23, 2015, p. 11; CAMPO MORENO, Comentarios a la reforma, 2015, p. 43; TERRADILLOS BASOCO, Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI, Revista Nuevo Foro Penal, vol. 12, n.º 87, 2016, p. 43; CERRADA MORENO, El terrorismo, 2018, p. 312; POMARES CINTAS/GARCÍA RIVAS, en: Álvarez García, Tratado VI, 2021, pp. 174-175; POMARES CINTAS, La deriva, 2022, p. 161.

²⁷ En efecto, el vínculo existente entre la conducta efectivamente realizada y la finalidad ulterior que el sujeto espera que se produzca no parecen tener una directa conexión, no al menos si esa finalidad se interpreta como coacción a los poderes públicos o como afectación grave al sistema político. Si la intención del autor debe plasmarse en las circunstancias externas de la conducta objetivamente considerada, esta debe ser idónea para conseguir aquellos fines. No obstante, la comisión de un acto violento masivo por un solo individuo no parece tener la suficiente capacidad coactiva como para influir en la política o el sistema político. De esta opinión también FLETCHER, *Journal of International Criminal Justice*, 2006, pp. 907-908; PÉREZ CEPEDA, El pacto, 2017, pp. 323-326; CANCIO MELIÁ, en: Alonso Rimo/Cuerda Arnau/Fernández Hernández, Sistema penal, 2018, p. 112; BORJA JIMÉNEZ, Justicia penal preventiva y Derecho penal de la globalización: proyecciones en el ámbito del terrorismo, en: Alonso Rimo/Cuerda Arnau/Fernández Hernández (dirs.), Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales, Tirant lo Blanch, 2018, p. 826 y POMARES CINTAS, La deriva, 2022, p. 176.

²⁸ Solución que habitualmente se utilizaba para la resolución de casos antes de la reforma de 2015. Por ejemplo, la STS 503/2008, de 17 de julio (caso 11-M) (FJ 1.º 3); la SAN 16/2020, de 1 de septiembre (FJ 3.º) o la SAN 3/2021, de 9 abril (FJ 1.º).

pios esenciales, se protegen los derechos y libertades fundamentales y en el que existen determinadas instituciones (el gobierno, las cámaras, los tribunales, el jefe de Estado, etc.) con unas funciones determinadas.

Si bien la modificación sustancial de cualquiera de estas facetas podría dar contenido a este bien jurídico, considero que es necesario delimitar el concreto contenido del régimen político posiblemente afectado por la conducta terrorista. Y ello porque, por un lado, ya existen en nuestro CP tipos delictivos que pretenden la protección de alguna de sus facetas. Y por otro lado. Por la gravedad tanto de la conducta terrorista como de la respuesta penal asociada a ella. Por estos motivos, considero que el contenido del régimen político afectado por los delitos de terrorismo podría restringirse a la incolumidad de los derechos fundamentales, la afectación a los elementos básicos del régimen político y a algunos aspectos de los elementos de *facto* del Estado (como el pueblo o el territorio)²⁹.

Sin embargo, la conducta terrorista (al contrario que la rebelde³⁰) solo simbólica e indirectamente podría llegar a afectar al régimen político entendido de esta manera. En efecto, al contrario de lo que ocurre en la rebelión, en la que el levantamiento colectivo, público y violento se caracteriza por ser idóneo para la lesión o puesta en peligro del régimen político; el terrorismo solo pretende conseguir ese mismo objetivo a través del sometimiento del Estado y de la sociedad a la presión y amenaza de una repetición de la violencia.³¹ Así pues, la afectación al régimen político es solo el objetivo final de una estrategia violenta implementada, tal y como aquí definiendo, por una estructura organizada.

Dicho lo anterior, es evidente que desde mi punto de vista el régimen político no constituye el objeto de protección de estos delitos. No obstante, creo que esta forma de definir la pretensión política sirve de límite a los obje-

²⁹ Por ejemplo, podrían ser propios del terrorismo la pretensión de imponer un partido único o un modelo dictatorial o de un régimen político en el que los derechos y libertades de ciertos grupos sociales o de la población en general se vean suprimidos o ampliamente recortados, la expulsión de un grupo de ciudadanos de un determinado territorio, o pretender desgajar una determinada parte del territorio de un Estado, etc.

³⁰ La rebelión, y en concreto el golpe de Estado, es el ejemplo más claro de conducta directamente encaminada a la supresión o grave afectación del régimen político. Como afirman algunos autores, la rebelión pone en peligro abstracto el régimen político, adelantándose la intervención penal a un estadio previo a la lesión. Sobre esta cuestión, *vid.* GARCÍA RIVAS, *La rebelión militar en Derecho Penal*, Albacete, Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, 1990, pp. 141-175, con ulteriores referencias y BAGES SANTACANA, *El objeto de prohibición en el delito de rebelión del artículo 472 CP desde la óptica del modelo de Estado social y democrático de Derecho previsto constitucionalmente*, EPC, vol. 38, 2018, pp. 527-529.

³¹ En el mismo sentido, LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento terrorismo*, 1985, pp. 215-216 y 236. La propia autora concluye que «la organización terrorista que «se alzare públicamente» dejará de ser tal y deberá calificarse como una banda rebelde». En el mismo sentido, GARCÍA SAN PEDRO, *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*, Servicio de publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1993, p. 144 y LLOBET ANGLÍ, *Límites*, 2010, pp. 143-144.

tivos que pueden ser considerados terroristas. Así pues, solo aquellas organizaciones que busquen la implementación de un programa político que pretenda la afectación a los elementos esenciales del «régimen político» podrá ser considerado terrorista.

Pese a lo anterior, algunos autores han definido el carácter político del terrorismo en relación con el medio utilizado para la consecución de los propósitos indicados³². Es decir, han puesto el acento en el uso de la coacción como medio para el Estado modifique su política. Precisamente, de esta interpretación creo que se puede inferir el verdadero bien jurídico protegido en los delitos de terrorismo, que podríamos enunciar como la vulneración de «los medios democráticos de toma de decisiones políticas», y que se concreta en la libertad del Estado para la toma de decisiones, conectado este con la soberanía popular como principio legitimador del poder estatal.

Esta propuesta creo que es la más adecuada, pues la organización terrorista funcionaría como un grupo de presión que, a través de la comisión de delitos violentos, graves, reiterados y adecuados para propagar una sensación de terror en la sociedad, pretende conseguir presionar al Estado lo suficiente como para que ceda a sus pretensiones. De este modo, y sorteando los inconvenientes de la anterior propuesta, ni se requiere que las pretensiones políticas de la organización se cumplan, ni que su conducta se encuentre directamente relacionada con el fin último buscado por aquella. Sin embargo, considero que para que esta propuesta sea aceptable es necesario establecer unos criterios que delimiten la conducta terrorista y justifiquen la mayor lesividad de esta, lo que remite, en esencia, a los límites antes citados.

III. CONCLUSIÓN

La propuesta interpretativa hasta aquí explicada defiende que el concepto jurídico de terrorismo debería caracterizarse por la concurrencia de cuatro elementos. En primer lugar, la conducta nuclear de terrorismo debería caracterizarse por la comisión de delitos fin violentos y que lesionen o pongan en peligro concreto bienes jurídicos de la máxima importancia. En segundo lugar, esos delitos deberían ser cometidos por grupos de personas organizados que comparten una estrategia violenta y un fin político común. En tercer lugar, ese

³² LAMARCA PÉREZ, ADPCP, 1993, p. 546; DE PRADA SOLAESA, Delitos relacionados con el terrorismo en el Código Penal de 1995, JJPd, 25, 1996, p. 74; CANCIO MELIÁ, Estructura típica, 2010, p. 184 y PASTRANA SÁNCHEZ, La nueva configuración de los delitos de terrorismo, Agencia Estatal BOE, 2020, pp. 206-208.

fin último debería ser la destrucción o grave desestabilización de los elementos esenciales del régimen político. Y por último, el medio utilizado para conseguir dicho propósito debería ser la amenaza o coerción del Estado, que a su vez delimita el objeto de protección de estos delitos y constituye el núcleo que configura el injusto terrorista.

Los cuatro elementos indicados se encuentran en estrecha relación, pues la falta de uno de ellos provoca un efecto dominó que conlleva que el acto ya no posea la gravedad o entidad suficiente para ser calificado como terrorista. Así, la violencia y gravedad exigida a los delitos cometidos se justifica, no solo por criterios de proporcionalidad, sino también en que solo a través de ellos se puede llegar a provocar un efecto terror en la sociedad y una presión suficiente en los Estados para que estos cedan a las pretensiones de la organización. El requisito organizativo es complementario del anterior, pues provoca que el efecto terror y la presión al Estado se expanda en el tiempo al proporcionar la seria y certera amenaza de repetición. El propósito de suprimir el régimen político proporciona unos límites de gravedad a la violencia política que representa el terrorismo, y que deberá circunscribirse a la consecución de unos objetivos que afectan de la forma más grave y relevante al régimen político existente. Finalmente, la coacción al Estado como medio para conseguir el objetivo final indicado solo es factible si se cumplen los dos primeros requisitos.

CAPÍTULO LXXIV

BLANQUEO IMPRUDENTE Y TIPO AGRAVADO POR LA CONDICIÓN DE OBLIGADO DEL SUJETO ACTIVO DEL DELITO

JOSÉ MANUEL LORENZO SALGADO

Catedrático emérito de Derecho penal. Universidad de Santiago de Compostela

Este trabajo se dedica con todo afecto a mi querido colega y amigo Javier de Vicente Remesal, con motivo de su septuagésimo cumpleaños

I. INTRODUCCIÓN

A medida que las reformas del blanqueo de dinero se han venido sucediendo en nuestro CP, el carácter expansivo de este delito ha ido alcanzado cotas que hace años parecían inimaginables, no solo en relación con el hecho previo, sino también en lo relativo a las propias conductas de las modalidades básicas, y en lo referente asimismo a la previsión de un significativo número de tipos agravados que en general han sido recibidos críticamente por la doctrina dominante, que se encarga de subrayar que la comisión del delito está ligada, en una parte relevante de supuestos, a alguna de tales tipicidades calificadas, con lo cual la realización de dichas figuras básicas supone la excepción mientras que la de las agravadas constituye en realidad la regla general¹.

¹ Sobre el carácter expansivo del delito, vid., por todos, ABEL SOUTO, Tres décadas de expansión en el castigo del blanqueo de dinero, en Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado (Abel Souto/Brage Cendán/Guinarte Cabada/Martínez-Buján Pérez/Vázquez-Portomeñe Seijas, Coords.) Valencia 2021, pp. 27 ss., y SILVA SÁNCHEZ, Expansión del derecho penal y blanqueo de capitales,

Y ello sin que la mayoría de tales tipicidades cualificadas, de acuerdo con los compromisos internacionales a que está sujeto nuestro país, sean de obligada incorporación al ordenamiento penal español.

Un expresivo número de tipos agravados del delito de blanqueo, en efecto, no han sido bien acogidos por un amplio sector de la literatura jurídico-penal. Y ello en razón de que tienen una más que cuestionable fundamentación político-criminal, dado que siendo el bien jurídico protegido el orden socioeconómico, en su vertiente de libre competencia basada en la licitud de los bienes concurrentes en el mercado (junto con el de la Administración de Justicia)², no aparecen debidamente justificadas aquellas tipicidades cualificadas que tengan como infracción antecedente delitos de los que parece presumirse la obtención de grandes ganancias, que no siempre, sin embargo, se produce en la práctica. Este regreso al delito fuente para exasperar la pena conduce, por lo demás, al indeseable resultado de comprometer la autonomía del blanqueo. Lo lógico hubiera sido agravar teniendo en cuenta el grado de afectación el orden socioeconómico³. A ello se refiere la Directiva (UE) 2018/1673 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal, en cuyo art. 6.2, a) se prevé como agravante, de potestativa inclusión en los textos punitivos de los Estados miembros, «que el valor de los bienes objeto del blanqueo sea considerable», opción por la que el legislador español incomprensiblemente no se inclinó⁴. Naturalmente, si este hubiese decidido construir un tipo cualificado en atención al valor de los bienes blanqueados, debería especificar una cantidad de dinero a partir de la cual se estimase que se

en II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero (Abel Souto/Sánchez Stewart, Coords.), Valencia, 2011, pp. 131 ss.

² Tal como sostiene MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, El bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de bienes, en VII Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero (Abel Souto/Lorenzo Salgado/Sánchez Stewart, Coords.), Valencia, 2020, pp. 333 ss.

³ Cfr. Para VIDALES RODRÍGUEZ, en efecto, «si lo que fundamenta una mayor pena es la mayor ganancia obtenida, quizás hubiera sido conveniente determinar la pena en función de la cuantía legitimada lo que, asimismo, evitaría que conductas escasamente relevantes se vieran penadas con tan severas sanciones» (Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código penal de 1995», Valencia, 1997, p. 142). En similar sentido, escribe NÚÑEZ PAZ «que lo que realmente determina el mayor contenido de injusto es el valor de lo blanqueado, y sobre él debería operarse para agravar la pena»: El tipo agravado de blanqueo de dinero procedente de delitos urbanísticos (Puesta al día y análisis de reflexiones doctrinales), en III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero (Abel Souto/Sánchez Stewart, Coords.), Valencia, 2013, p. 275).

⁴ Como con razón señala ABEL SOUTO, «el legislador español de 2021 desprecia esta coherente agravación, pese a su evidente eficacia, manifiesta proporcionalidad e indudable carácter intimidatorio» (en Prólogo a la monografía de González Uriel, Aspectos básicos del delito de blanqueo, Granada, 2021, p. 287).

lesiona de un modo sustancial el bien jurídico tutelado, dado que de no hacerlo así se produciría un grave menoscabo del principio de legalidad⁵.

Pues bien, la LO 6/2021, de 28 de abril, además de incorporar al CP nuevos delitos precedentes que amplían las tipicidades agravadas, introduce también el tipo cualificado consistente en imponer «la pena en su mitad superior a quienes, siendo sujetos obligados conforme a la normativa de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, cometan cualquiera de las conductas descritas en el artículo 301 en el ejercicio de su actividad profesional» (art. 302.1, párr. 2.º). Esta modalidad cualificada, de imperativa transposición para los Estados miembros, no contiene los inconvenientes de las figuras agravadas vinculadas a determinados delitos previos. Su justificación radica en que son sujetos con específicas obligaciones que, de ser ignoradas, merecen un mayor reproche, esto es, se trata de personas que se encuentran en una especial posición de deber que quebrantan las «obligaciones específicas» que han de observar en el ejercicio de su profesión⁶. Constituye, en definitiva, una agravación fundamentada en el «mayor desvalor de acción, puesto que se trata de una acción cometida por un profesional en el marco de su actividad empresarial o profesional, lo que añade un contenido de injusto adicional al hecho»⁷.

II. CONTENIDO Y ALCANCE DE LA AGRAVACIÓN POR LA CUALIDAD DE OBLIGADO DEL SUJETO ACTIVO DEL DELITO

1. Sujetos obligados

La remisión del artículo 302.1, párrafo 2.º, deja claro que los sujetos obligados son los mencionados en el amplio elenco del artículo 2 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, básicamente previstos en su apartado 1, artículo modificado por el RD-ley 7/2021, de 27 de abril, que lleva a cabo la transposición de la Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018. Como se indica en este RD-ley, ello se realiza «con el doble objetivo de perfec-

⁵ En la doctrina se ha propuesto, de inclinarse el legislador algún día por tal concreción, la cantidad de 600 000 euros. Sobre la razón de sugerir tal cantidad, vid. GONZÁLEZ URIEL, Aspectos básicos del delito de blanqueo, *cit.*, p. 287

⁶ GONZÁLEZ CUSSAC, en Derecho Penal Parte Especial (González Cussac, Coord.), 8.ª ed., Valencia, 2023, p. 572.

⁷ GONZÁLEZ URIEL, Aspectos básicos del delito de blanqueo de dinero, *cit.*, p. 285.

cionar los mecanismos de prevención del terrorismo y de mejorar la transparencia y disponibilidad de información sobre los titulares reales de las personas jurídicas y otras entidades sin personalidad jurídica que actúan en el tráfico jurídico. Dentro de las modificaciones derivadas de la transposición de la Quinta Directiva destaca la incorporación de nuevos sujetos obligados y, en particular, el sometimiento a las obligaciones preventivas de las personas que presten servicios de cambio de moneda virtual por moneda de curso legal. Asimismo, se incorporan como sujetos obligados a los proveedores de servicios de custodia de monederos electrónicos, entendiéndose por tales aquellas personas físicas o jurídicas que prestan servicios de salvaguardia de claves criptográficas privadas en nombre de sus clientes, para la tenencia, el almacenamiento y la transferencia de monedas virtuales de manera similar a la de la custodia de fondos o activos financieros tradicionales. En ambos casos, el sometimiento a la normativa de prevención del blanqueo de capitales se acompaña, tal y como requiere la Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, de una obligación de registro de estos prestadores»⁸.

Aunque no voy a reproducir aquí íntegramente el amplísimo catálogo de sujetos obligados de la Ley 10/2010, al que me remito, se mencionan en su artículo 2, por ej., las entidades de crédito, las empresas de servicios de inversión, las entidades gestoras de fondos de pensiones, las personas que ejerzan profesionalmente actividades de cambio de moneda, los servicios postales en relación con las actividades de giro o transferencia, los auditores de cuentas, asesores fiscales, notarios, abogados, casinos de juego o las personas que comercien profesionalmente con joyas, piedras o metales preciosos u objetos de arte o antigüedades. Debe subrayarse a este respecto que existen aportaciones de gran interés acerca de algunas categorías de tales sujetos, sobre cuyo alcance se suscitan ciertas dudas⁹. En este sentido, cabe destacar el documento del Servicio ejecutivo de la comisión de prevención del blanqueo de capitales e

⁸ Sobre la responsabilidad de las personas jurídicas en el plano administrativo, vid. las interesantes consideraciones de FERRÉ OLIVÉ/MORÓN PENDÁS, Responsabilidad administrativa y penal de las personas jurídicas en materia de lavado de dinero, *Revista Penal México*, n.º 19, julio-diciembre 2021, pp. 17 ss.

⁹ Vid., entre otros, ABEL SOUTO, El nuevo tipo agravado de blanqueo en el ejercicio profesional de los obligados por la normativa de prevención, incorporado al código penal español por la Ley orgánica 6/2021, y los proveedores de servicio de cambio de moneda virtual y de custodia de monederos electrónicos, en *Revista Penal México*, n.º 20, enero-junio de 2022, pp. 17 ss., LABATUT SERER, Auditoría de cuentas y blanqueo de capitales, La Ley. 5001/2014, LUZÓN PEÑA, Responsabilidad penal del asesor jurídico, en especial en relación con el blanqueo de capitales, en III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, vol. cit., pp. 301 ss., SÁNCHEZ STEWART, Perspectivas de futuro para la abogacía europea en la prevención del blanqueo de dinero, en VIII Congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero (Abel Souto/Lorenzo Salgado/Sánchez Stewart, Coords.), Valencia, 2021, pp. 21 ss. del mismo autor: *Abogados y prevención de blanqueo de capitales: Manual básico*, Málaga, 2014.

infracciones monetarias (sepblac), documento en el que se resuelven casos dudosos en torno a si algunas profesiones o actividades se pueden enmarcar entre las ejercidas o desarrolladas por los sujetos obligados de la ley de 2010 (entre otros, los relativos a las administraciones de loterías, concesionarios de automóviles o comunidades de bienes, fundaciones y asociaciones, locutorios telefónicos que realizan giros o remesas de emigrantes como agentes de una entidad de pago), y en el que se aclaran, además, en su relación con el sepblac, las obligaciones relativas a la diligencia debida, deberes de información por los sujetos obligados y diversas cuestiones acerca de las medidas de control interno¹⁰. Y no faltan, en fin, opiniones que echan de menos la inclusión de otros sujetos en la lista contenida en el referido precepto¹¹.

2. Personas jurídicas

El artículo 2.2 de la Ley 10/2010 señala que «Tienen la consideración de sujetos obligados las personas físicas o jurídicas que desarrollen las actividades mencionadas en el apartado precedente. No obstante, cuando las personas físicas actúen en calidad de empleados de una persona jurídica, o le presten servicios permanentes o esporádicos, las obligaciones impuestas por esta Ley recaerán sobre dicha persona jurídica respecto de los servicios prestados». Y aclara, asimismo, que dichos sujetos obligados quedan igualmente «sometidos a las obligaciones establecidas en la presente Ley respecto de las operaciones realizadas a través de agentes u otras personas que actúen como mediadores o intermediarios de aquéllos».

Los obligados serán en su mayoría, como se ha subrayado por la doctrina, personas jurídicas, porque son ellas «en general y las que intervienen en el ámbito financiero en particular las principales destinatarias de muchas de estas amenazas de sanción por lavado de dinero»¹², dimanando su responsabilidad penal de lo dispuesto en el artículo 31 bis.1.a) CP, por lo cual es necesario que las personas físicas mencionadas en el precepto –que actúan «en nombre o por

¹⁰ Cfr. <https://www.sepblac.es/es/sujetos-obligados/preguntas-frecuentes>.

¹¹ Así: ABEL SOUTO, El nuevo tipo agravado de blanqueo en el ejercicio profesional de los obligados por la normativa de prevención..., cit., p. 24. quien destaca que «quedan fuera del nuevo tipo agravado para los proveedores de servicios de cambio de moneda virtual por moneda fiduciaria y de custodia de monederos electrónicos cuando blanqueen en el ejercicio de su actividad profesional los proveedores de activos virtuales que no son monedas virtuales, los proveedores de custodia de monederos electrónicos que permiten almacenar las claves con aplicaciones descargables y los intercambios de virtual a virtual, todo un campo abonado para el blanqueo».

¹² FERRÉ OLIVÉ/MORÓN PENDÁS, Responsabilidad administrativa y penal..., cit., p. 17.

cuenta» de las personas jurídicas y «en beneficio directo o indirecto» de estas—cometan el delito de blanqueo de dinero, de suerte que, además de su posible responsabilidad criminal, trasladan a la corporación una responsabilidad por el delito realizado. Y algo semejante cabe decir en relación con lo previsto en el artículo 31 bis.1, b), si bien en este se alude a la realización del delito por personas físicas que, estando sometidas a la autoridad de las indicadas en el párrafo anterior, cometen el hecho por incumplimiento grave de la obligada supervisión, vigilancia y control de su actividad por parte de sus superiores¹³.

Ello sentado, la cuestión principal que aquí se plantea es la de determinar si es posible la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica por el blanqueo culposo de la persona física. Y, por de pronto, ha de afirmarse que la locución «en tales casos» del artículo 302.2 va referida, conforme al parecer que estimo correcto, a «los supuestos previstos en el artículo anterior», y no circunscrita al contenido del artículo 302.1¹⁴. Es decir, la responsabilidad penal de las personas jurídicas se extiende a los supuestos contemplados en el artículo 301, entre los que figura la modalidad imprudente (art. 301.3).

No obstante, podría entenderse que al señalar el artículo 31 bis.1.a) que la actuación de la persona física que comete el delito, en nombre o por cuenta de la persona jurídica, lo ha de ser *en* «beneficio directo o indirecto» de la colectividad, dicha exigencia devendría incompatible con la conducta imprudente, afirmándose al respecto que la formulación legal recoge un «elemento subjetivo específico» que conlleva que la persona física deba saber que su comportamiento «es un modo idóneo de lograr un provecho para la entidad» (sin que sea preciso que dicho provecho o beneficio tenga efectivamente lugar)¹⁵. No faltan, sin embargo, especialistas que, aun estimando problemática la compatibilidad entre la actuación en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica con la estructura de la tipicidad imprudente del blanqueo, consideran la posibilidad de que la comisión de un hecho imprudente pueda ser transferido en este ámbito a la per-

¹³ Sobre el art. 31 bis.1.b), en el que se consigna el segundo hecho de conexión capaz de hacer surgir la responsabilidad de la persona jurídica, vid. FERNÁNDEZ TERUELO, Responsabilidad penal de las personas jurídicas. El contenido de las obligaciones de supervisión, organización, vigilancia y control referidas en el art. 31 bis.1.b) del Código Penal español, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 21-03 (2019), pp. 1 ss.

¹⁴ Así, por ej., la Circular 1/2016 de la FGE subraya que «la cuarta previsión legal es más oscura pues el artículo 302.2 parece remitirse solo a los ‘casos’ del artículo 302.1, esto es, a las organizaciones dedicadas al blanqueo. Sin embargo, cabe interpretar que la remisión que el art. 302.2 hace a ‘tales casos’ se extiende también a ‘los supuestos previstos en el artículo anterior’, lo que abarcaría la modalidad imprudente de blanqueo, reconocida en el artículo 301.3».

¹⁵ DOPICO GÓMEZ-ALLER, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Derecho penal económico y de la empresa (de la Mata Barranco/Dopico Gómez-Aller/Lascurain Sánchez/Nieto Martín), Madrid, 2018, pp. 139 s.

sona jurídica. De acuerdo con esta interpretación, se subraya que el CP deja abierta la puerta a que la transferencia tenga como presupuesto no solo la comisión por la persona física de un delito doloso sino también de un delito imprudente. Y así, respecto del primer hecho de conexión (art. 31 bis.1.a) la realización de un delito de blanqueo por imprudencia grave por personas de máxima autoridad societaria es «suficiente para contaminar a la empresa, ya que se ha actuado ‘por su cuenta’ y ‘en beneficio’ de la misma»¹⁶, pues es posible entender que la actuación lo es no con la finalidad de obrar en beneficio, lo cual nos situaría en el ámbito del dolo, sino que de su actuación imprudente se deriva un beneficio objetivo para la persona jurídica. En lo que atañe al segundo hecho de conexión (art. 31 bis.1.b), referido a la comisión del delito por personas sometidas a la autoridad de las mencionadas en la letra a) del artículo 31 bis.1, debe indicarse que si estas personas físicas dependientes de sus superiores incurren en blanqueo por imprudencia grave, en las condiciones a las que alude el precepto, «la sanción a la sociedad se construye desde una doble estructura imprudente: la comisión imprudente del delito de blanqueo por el subordinado y la transferencia a la sociedad por “culpa in vigilando” de los superiores corporativos»¹⁷. Igualmente, la FGE en su Circular 1/2016 admite la transferencia del delito imprudente de blanqueo a la persona jurídica: «la posibilidad de admitir la comisión culposa en el delito de la persona física queda abierta desde el momento en que la acción se valora como beneficiosa para la sociedad desde una perspectiva objetiva». Tal afirmación resulta aplicable, para esta Circular, en relación con el delito de blanqueo imprudente, habida cuenta de que es una de las conductas «susceptibles de generar un reproche penal a la persona jurídica».

3. El ejercicio de la actividad profesional

No es suficiente tener la condición de sujeto obligado para incurrir en el tipo agravado del artículo 302.1, párrafo 2.º, sino que se requiere además que este se encuentre en el ejercicio de las específicas funciones que, por su actividad profesional, le corresponden, puesto que si su conducta se produce fuera de este ámbito no se le puede castigar conforme al nuevo tipo cualificado del delito de blan-

¹⁶ GONZÁLEZ CUSSAC, Responsabilidad penal de las personas jurídicas y delito de blanqueo de dinero, en V Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, (Abel Souto/Sánchez Stewart, Coords.), Valencia, 2018, pp. 345 s.

¹⁷ GONZÁLEZ CUSSAC, Responsabilidad penal de las personas jurídicas y delito de blanqueo de dinero, loc. cit. Se hace eco de esta posición ABEL SOUTO, Análisis comparado del delito de blanqueo de dinero y la responsabilidad de las personas jurídicas en Colombia y España, en Anuario de Corporate Compliance (Abel Souto/Ruiz Rengifo, Dirs.), Bogotá, 2023, pp. 42 s.

queo (pena en su mitad superior). Partiendo de la interpretación que la jurisprudencia ha venido realizando del similar requisito del artículo 390 («en el ejercicio de sus funciones»), y trasladándolo a la significación que a la presente tipicidad agravada cabe atribuir, se ha sostenido que el sujeto obligado debe estar sometido a los mandatos que le impone la Ley 10/2010, al tiempo que «las personas físicas deberán estar actuando también dentro del ámbito de sus funciones y deberes específicos en materia de PBC», personas físicas que, según ya se indicó, cometen el delito de blanqueo que alcanza asimismo a la persona jurídica sujeto obligado¹⁸. Sin embargo, al señalar el artículo 2.2 de la Ley 10/2010 que «cuando las personas físicas actúen en calidad de empleados de una persona jurídica, o le presten servicios permanentes o esporádicos, las obligaciones impuestas por esta Ley recaerán sobre dicha persona jurídica respecto de los servicios prestados», se plantea la cuestión por las autoras acabadas de citar en nota de si, en el caso de no tener dichas personas físicas la condición de obligadas (y no podersele aplicar en consecuencia la tipicidad agravada, sino el tipo básico), la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica impide o no la aplicación a esta del artículo 302.1, párrafo 2.^o¹⁹, esto es, si la citada transferencia puede dar lugar o no a que se rebase el tipo básico realizado por la persona física para tomar en consideración la modalidad agravada en relación con la persona jurídica. A ello ha de responderse, a mi entender, subrayando que el hecho de que la persona física carezca, en este hipotético supuesto, de la condición de sujeto obligado no puede condicionar la eficacia del referido tipo cualificado en relación con la entidad, siempre, claro es, que esta ostente la cualidad de obligada.

III. BLANQUEO IMPRUDENTE Y TIPICIDAD AGRAVADA DEL ARTÍCULO 302.1, PÁRRAFO 2.^o

Se ha podido aseverar, con toda razón, que el delito de blanqueo «es una de las figuras delictivas que más quebraderos de cabeza da al intérprete»²⁰. Y ello es particularmente cierto en relación con la modalidad imprudente de este delito, sobre la que todo se discute, incluso la oportunidad político-criminal de su propia

¹⁸ Así REQUEJO NAVEROS/GONZÁLEZ GARCÍA, El nuevo tipo agravado del delito de blanqueo de capitales tras la Ley Orgánica 6/2021: la concurrencia en el sujeto activo de la condición de sujeto obligado. Especial referencia a la problemática suscitada respecto del sujeto obligado persona jurídica y del tipo de blanqueo de capitales imprudente, en Diario La Ley, n.º 9857, Sección Tribuna, 25 de mayo de 2021, pp. 4 ss.

¹⁹ loc. cit.

²⁰ NIETO MARTÍN, Blanqueo de capitales: extraterritorialidad y doble incriminación, en Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo (Gómez Martín/Bolea Bardon/Gallego Soler/Hortal Ibarra/Joshi Jubert, Dirs.), Madrid, 2022, p. 1273.

tipificación en el CP²¹. Desde luego, la legislación internacional no se ha mostrado especialmente favorable a su versión culposa, dada la existencia de convenios que omiten toda referencia a la regulación imprudente y otras normas sobre el blanqueo que no van más allá de facultar su inclusión en los ordenamientos penales de cada Estado. Es el caso, por ej., de la citada Directiva 2018/1673, en cuyo artículo 3.2 se limita a indicar que los países miembros pueden prever como delito las conductas citadas en su artículo 3.1 «cuando el autor sospechara o debería haber sabido que los bienes provenían de una actividad delictiva». Nuestro ordenamiento penal, empero, ya había consolidado con el CP 1995 la comisión por imprudencia grave de las acciones blanqueadoras, acciones que, con formulación distinta, introdujo la LO 8/1992 en el artículo 344 bis.h).3 del CP 1973. En este precepto se establecía la punición para, entre otros comportamientos, la conversión o transferencia de ciertos bienes cuando «se realizasen por negligencia o ignorancia inexcusables»²². En la actualidad, un sector significativo de la literatura jurídico-penal propugna suprimir del CP el castigo del blanqueo culposo, por parecer preferible el recurso a la vía administrativa y evitar así la afectación, entre otros, de los principios de intervención mínima, proporcionalidad y taxatividad²³. No carece, sin embargo, de un también importante número de defensores la opción por la que se inclinó nuestro vigente CP²⁴.

Desde la perspectiva *de lege lata*, debe destacarse que la redacción del artículo 301.3 plantea importantes problemas interpretativos. Uno de ellos tiene que ver con el solapamiento de la pena de prisión entre el delito de blanqueo doloso y el cometido por imprudencia (la multa es idéntica en ambos supuestos), y ello puede conducir a la posibilidad de que la versión imprudente del delito pueda ser penada en el caso concreto con mayor rigor que la dolosa²⁵. Y

²¹ Ampliamente al respecto, entre otros, FERRÉ OLIVÉ, La imprudencia en los delitos de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, en RGDP, núm. 33, 2020, pp. 9 ss. y 25, y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico y de la empresa. Parte general, 6.ª ed., Valencia, 2022, pp. 515 ss.

²² Vid., por ej., FERRÉ OLIVÉ, La imprudencia en los delitos de blanqueo..., cit., pp. 9 ss. y GONZÁLEZ QUINZÁN, La comisión imprudente del blanqueo, en Revista Penal México, núm. 21, julio-diciembre, 2022, pp. 192 ss.

²³ Vid. al respecto FERRÉ OLIVÉ: La imprudencia en los delitos de blanqueo..., cit., pp. 9 ss., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico y de la empresa. Parte general, cit., pp. 515 ss. Vid., asimismo, MUÑOZ CUESTA, Blanqueo de capitales imprudente: una figura más que discutible. Comentario a STS, Sala 2.ª, de 14 septiembre 2005, RJA, núm. 7, 2005, pp. 21777. La mayoría de países de la UE no castigan en sus textos punitivos el blanqueo imprudente. Puede consultarse al respecto, BLANCO CORDEIRO, El delito de blanqueo de capitales, 4.ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 871 s.

²⁴ Según LASCURAIN SÁNCHEZ, esta es la doctrina dominante (Blanqueo de capitales, en Derecho penal económico y de la empresa, vol. cit., p. 517). De este modo, por ej., VARELA, Razón filosófico-política a favor de la criminalización del blanqueo de capitales imprudente, RDPC, núm. 16, 2016, pp. 248 ss. y GONZÁLEZ QUINZÁN, La comisión imprudente..., cit., p. 194.

²⁵ Entre otros autores que censuran la pena del art. 301, escribe DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO que de la comisión del blanqueo por imprudencia grave resulte *in concreto* una pena igual o mayor que la del

es asimismo cuestionable la pena del blanqueo imprudente en comparación con la del delito de receptación²⁶. Otro de los problemas que plantea el artículo 301.3 es el relativo a si la imprudencia es o no compatible con elementos subjetivos del injusto previstos en ciertas conductas del delito doloso²⁷. Y el mismo carácter controvertido en la literatura penal es el de determinar si el delito imprudente es realizable por cualquier persona o si, por el contrario, su

delito doloso «convierte a la decisión legislativa cuando menos en discutible», Blanqueo de bienes, en Enciclopedia Penal Básica (Luzón Peña, Dir.), Granada, 2002, pp. 213 s.

²⁶ Pone de relieve, con razón, VIDALES RODRÍGUEZ que la sanción de la modalidad imprudente de blanqueo (de seis meses a dos años de prisión y multa del tanto al triple del valor de los bienes blanqueados) «podría vulnerar el principio de proporcionalidad al ser idéntica a la pena privativa de libertad prevista para el delito doloso de receptación; delito cuya comisión, paradójicamente, no conlleva pena pecuniaria alguna. Resultan, en consecuencia, equiparados penológicamente el actuar doloso y con ánimo de lucro y el actuar imprudente sin ánimo alguno» (Los delitos de receptación y legitimación de capitales..., cit., p. 146). En el mismo sentido, *vid.* GONZÁLEZ CUSSAC, Derecho Penal. Parte Especial, cit., p. 570.

²⁷ Sobre la cuestión de si todas las conductas de blanqueo contienen elementos subjetivos del injusto, la doctrina está dividida, pues mientras un grupo de especialistas estima que todas las modalidades dolosas de blanqueo contienen dichos elementos, otro sector de la doctrina especializada destaca que las conductas del art. 301.1, párr. 1.º, inciso 1.º, carecen de tal elemento subjetivo del injusto, por lo que es posible la comisión imprudente en relación con estas conductas.

El TS se manifiesta de acuerdo con la primera de las orientaciones, puesto que destaca que aseverar que la acción de ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero únicamente es predicable de ‘cualquier otro acto’, y no de todas las conductas descritas en el tipo es una intelección inadecuada del precepto. Así, entre otras, la STS 506/2015, de 27 de julio, señala que lo esencial es «la expresión ‘con la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito’. Finalidad u objeto de la conducta que debe encontrarse presente en todos los comportamientos descritos por el tipo». Sin embargo, quienes difieren de la resolución judicial acabada de citar, justifican, a mi parecer, sólida y convincentemente su postura de que el inciso 1.º del párrafo 1.º del art. 301.1 no incluye un elemento subjetivo. A juicio de ABEL SOUTO, partidario de la segunda de las posturas, «ninguna de las dos posiciones puede alzarse, por el momento, como mayoritaria sobre la otra», en Conductas típicas de blanqueo en el Ordenamiento penal español, I Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero (Abel Souto/Sánchez Stewart, Coords.), Valencia, 2009, pp. 176 ss. Vid. también MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial, 7.ª ed., Valencia, 2023, p. 728.

Por lo demás, otros destacados especialistas en la materia afirman que la presencia de elementos subjetivos en el delito doloso no impide el castigo por imprudencia. En este sentido, por ej., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO no estima correcta, con carácter general la idea «de que la comisión imprudente es incompatible con la exigencia de elementos subjetivos específicos del injusto añadidos al dolo» (Blanqueo de bienes, cit., pp. 214 s.). Para FERRÉ OLIVÉ «sería indiferente que la modalidad dolosa añada elementos subjetivos: la puerta de la imprudencia queda abierta. Considero que esta es la solución más adecuada, porque la incompatibilidad entre delitos culposos y elementos subjetivos añadidos al dolo fue útil y limitadora antes del dictado del Código Penal vigente en 1995, cuando el texto legal preveía para la imprudencia el sistema amplio del crimen culpae, pero a partir de ese momento solo rige el criterio de la tipificación expresa» (La imprudencia en los delitos de blanqueo de capitales..., cit., pp. 11 s.). Por su parte, LUZÓN PEÑA destaca que lo decisivo, para saber si es posible la comisión imprudente de delitos con elementos subjetivos del injusto, es determinar si el elemento subjetivo concreto supone ya el dolo directo o contiene algún elemento anímico distinto ligado de modo necesario al dolo. Si contienen tal característica, no es posible la comisión imprudente del correspondiente delito doloso. Sin embargo, como escribe LUZÓN, «existen algunos elementos subjetivos consistentes en ánimos específicos no unidos necesariamente al dolo, sino que conceptualmente puede concurrir tal ánimo y al mismo tiempo haber un error vencible (en la imprudencia inconsciente) o (en la consciente) no aceptación respecto de algún elemento objetivo del tipo y por tanto comisión imprudente» (Lecciones de Derecho Penal. Parte General, 3.ª ed., Valencia, 2016, 16/20, p. 225).

comisión está restringida a los sujetos obligados conforme a la Ley 10/2010, cuestión esta que, como vamos a desarrollar seguidamente, se halla ligada al ámbito de aplicación del tipo agravado del art. 302.1, párr. 2.º

Pues bien, comparto la opinión doctrinal mayoritaria de considerar que estamos ante un delito común²⁸, dado que el art. 301.3 no limita el círculo de sujetos activos, círculo que cuando el CP quiere reducir lo hace expresamente²⁹. Con todo, no cabe desconocer los importantes argumentos de la doctrina que, antes de la introducción del párrafo 2.º en el apartado 1 del artículo 302, defendía su naturaleza de delito especial, en el que solo podían ser sujetos activos quienes ostentasen la condición de obligados conforme a la Ley 19/2010. A mi juicio, no obstante, como digo, en tanto el artículo 301.3 no explicitó tal restricción, configurando este precepto como un delito especial, la susodicha modalidad culposa es realizable por cualquier persona, tal como desde hace años, salvo alguna sentencia aislada, se sustenta por la jurisprudencia, que en la actualidad es unánime al respecto³⁰. Entre las más recientes resoluciones en tal sentido, cabe citar las SSTS 218/2021, de 21 de enero, 363/2021, de 29 de abril, 3859/2022, de 27 de octubre, y 682/2023, de 8 de marzo. Este punto de vista se ve reafirmado en la actualidad, precisamente, como se indica a continuación, por la propia literalidad del referido tipo agravado del 302.1, párrafo 2.º

Así las cosas, y abundando en la cuestión central que aquí se suscita, cabe señalar que quienes, tras la entrada en vigor de la LO 6/2021, siguen manteniendo que el blanqueo imprudente se configura como un delito especial (solo realizable por «sujetos obligados») rechazan que el tipo agravado del artículo 302.1, párrafo 2.º, pueda ser aplicado a la indicada modalidad culposa, dado que con ello se estaría vulnerando la proscripción de la doble valoración, pues si el artículo 301.3 está reservado, según esta inteligencia de la norma, únicamente para los denominados «sujetos obligados» no puede al propio tiempo aplicarse la tipicidad agravada a estos mismos sujetos, puesto que de hacerse así «todas las comisiones imprudentes serán necesariamente tipos cualificados»³¹. En este sentido, se ha subrayado que condenar a un sujeto

²⁸ LASCURAÍN SÁNCHEZ afirma que «es mayoritaria la opinión de que cualquiera puede blanquear por grave descuido y no sólo los sujetos obligados de la ley de prevención del blanqueo, a quienes se les asignan determinados deberes de cuidado» (Blanqueo de capitales, cit., p. 517).

²⁹ Tal como sucede, por ej., en el art. 576.4, que sí circunscribe la posibilidad de ser penado por imprudencia grave a determinadas personas.

³⁰ Vid. DEMETRIO CRESPO, El blanqueo imprudente: algunas reflexiones sobre normativa de prevención y deber de cuidado, en V Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, vol. cit., pp. 222 ss.

³¹ De este modo QUINTERO OLIVARES, Las reformas penales del 2021, hasta ahora, en Almacén de Derecho, 22 de octubre, 2021, p. 13 (almacenederecho.org).

obligado por blanqueo imprudente y aplicarle la tipicidad agravada del artículo 302.1, párrafo 2.º, conculcaría el principio de legalidad penal previsto en el art. 25.1 CE «donde se halla ubicado el principio *non bis in idem*. La razón es bien sencilla, pues concurren identidad absoluta de hecho y sujeto, y el fundamento del deber objetivo del tipo imprudente y de la circunstancia agravante es esencialmente idéntico»³². De acuerdo pues con esta visión, el tipo cualificado referido a «sujetos obligados» solo resultará aplicable a los delitos dolosos en razón de que «el blanqueo imprudente ya exige en el tipo básico que se trate de uno de estos sujetos»³³.

Si de la consideración del blanqueo imprudente como delito especial se sigue que el tipo cualificado relativo a «sujetos obligados» es inaplicable a dicha modalidad (reservándose su eficacia para las versiones dolosas de blanqueo), a conclusión distinta ha de llegarse si se sostiene, como en este trabajo se hace, que la modalidad culposa es un delito común, realizable por cualquiera, sea o no sujeto obligado, por lo que en el caso de ser un sujeto obligado (persona física o jurídica³⁴) quien, en el ejercicio de su actividad profesional, incurriese en el blanqueo imprudente resultaría imperativo imponer la pena correspondiente en su mitad superior.

Es más, y como se acaba de adelantar, es la literalidad del propio tipo cualificado por la condición de obligado del sujeto activo la que impone, a mi entender, seguir la interpretación propuesta, reforzando la opinión de que el blanqueo cometido por imprudencia grave es un delito común, habida cuenta de que al señalar el párrafo 2.º del artículo 302.1 que procede la pena en su mitad superior si se comete «*cualquiera* de las conductas descritas en el artículo 301» (incluidas, por tanto, las del artículo 301.3) da por sentado que no estamos ante un delito realizable únicamente por determinados sujetos (los obligados). Y ello porque si, efectivamente, se estimase que el blanqueo imprudente es un delito especial, el tipo agravado quedaría privado de parte importante de su mandato (el de ser aplicado a *cualquiera* de las conductas del artículo 301, entre las que figura la de la modalidad imprudente), dado que ni

³² REQUEJO NAVEROS/GONZÁLEZ GARCÍA, El nuevo tipo agravado del delito de blanqueo de capitales..., cit., pp. 8 s. La posición de estas autoras parte de la base de considerar que el artículo 301.3 es un delito especial, pues subrayan que «el supuesto de agravación operará de forma automática cuando concurre un delito de blanqueo de capitales imprudente, de forma que todo delito de blanqueo de capitales imprudente conllevará siempre una pena más grave, dejando el tipo básico vacío de contenido».

³³ MUÑOZ CONDE, Derecho Penal. Parte Especial, 24.ª ed. revisada y puesta al día por LÓPEZ PÉREZ GRÍÑ, Valencia, 2022, pp. 550 y 558.

³⁴ Tal aplicación parte de la base, conforme a la interpretación que asumo, y a la que antes aludí, de que la locución «en tales casos» del artículo 302.2 va referida, a «los supuestos previstos en el artículo anterior» (entre los que se figura el artículo 303.3), y no limitada al contenido del art. 302.1, con lo cual tanto las personas físicas como las jurídicas pueden incurrir en el blanqueo imprudente.

podría ser aplicado a los sujetos obligados que incurrieran en el delito culposo (por los argumentos expresados por la doctrina que defiende que el blanqueo imprudente es un delito especial³⁵), ni, como va de suyo, a los no obligados, pues al calificarse el delito de especial ya no podrían cometer el susodicho blanqueo culposo. Por consiguiente, el tipo agravado objeto de análisis ha de ser tomado necesariamente en consideración para imponer la pena en su mitad superior, no solo en las tipicidades dolosas del delito, sino también en el blanqueo imprudente cuando sea cometido por sujetos obligados. En resumen, pues, tras la entrada en vigor de la LO 6/2021, que introduce el tipo cualificado de referencia en nuestro CP, es forzoso entender que la modalidad imprudente del blanqueo de dinero prevé un delito de naturaleza común.

³⁵ Cfr. notas 31, 32 y 33.

CAPÍTULO LXXV

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS DELITOS DE COHECHO Y CONCUSIÓN EN LA ARGENTINA

JAVIER AUGUSTO DE LUCA

Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal. Universidad de Buenos Aires (Argentina). Ex Presidente de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal. Presidente del grupo argentino de la AIDP. Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal de la República Argentina

GLENDIA MAIA DE LA CRUZ

Abogada y Especialista en Derecho Penal. Universidad de Buenos Aires (Argentina)

I. INTRODUCCIÓN

Por razones de orden y claridad, es necesario exponer qué me propongo comentar en este artículo. Se trata de un hecho común y frecuente. El del funcionario público o autoridad que «pide» a un particular una contraprestación de significado patrimonial (puede ser un regalo, una dádiva, una ventaja, etc.) para hacer o dejar de hacer algo propio de su función y a lo que el particular tiene derecho (algo lícito, que es debido). En la historia del derecho penal a esta conducta se la llama concusión, y el particular es una víctima, no un co-delincuente como en el cohecho. Pero el problema es intentar encontrarlo en nuestras leyes penales.

Existe un importante debate doctrinario y jurisprudencial sobre las características que distinguen los delitos de cohecho y concusión, las cuales generalmente no provienen de las letras de las leyes. En la Argentina y en España ocurre exactamente eso. Encontrar ahí o establecer si la concusión está prevista en nuestros códigos penales, no es tarea sencilla.

Existen casos, además, que convocan las figuras de la extorsión y otros a la de las estafas en sus diversas modalidades. El funcionario público del caso transcrito arriba ¿incurre en una forma «suave» de intimidación, en tanto el ciudadano ya sabe que ese trámite no terminará nunca si no pone lo que hay que poner? ¿Es un caso de cohecho (corrupción) porque hay un acuerdo entre ambos para que el funcionario haga ya el trabajo que de otra forma iría a dormir a la pila de papeles? ¿Es una estafa porque el funcionario ha montado toda una mise en scène para engañar a los ciudadanos acerca de sus habilidades para destrabar un trámite imposible? ¿O es una extorsión, porque el pedido del funcionario se inscribe dentro de una verdadera coacción y posterior perjuicio patrimonial para el particular a quien va su vida y patrimonio en ese trámite que pasa el tiempo y no sale?

Bien, podemos señalar que el cohecho y la concusión son dos delitos en los que hay un abuso de las funciones de la autoridad que le fue conferida a un funcionario público y el fin perseguido es la codicia. En cualquiera de ambos casos hay lesión al bien jurídico Administración Pública, pero sólo en la concusión también hay lesión al patrimonio del particular. Ello así porque en el cohecho, el particular consiente su disposición a sabiendas y libremente y, por ello, no hay violación al derecho de propiedad. Por eso la concusión, como hay dos bienes jurídicos lesionados, siempre se consideró más grave que el cohecho. Así, Carrara ¹.

Las dificultades de distinción entre ambas figuras se agravan en determinados supuestos de hecho si reflexionamos acerca de si estamos ante casos de delito consumado o tentado. Para colmo, no es lo mismo si el que pide es un funcionario que sólo debe «sacar papeles», que el del juez que pide dinero para una sentencia favorable, porque la discrecionalidad para valorar la prueba y decir el derecho torna dudoso concluir de una manera *ab initio* irrefutable que el justiciable tenía derecho a ello. En todo caso, lo que se asegura es no obtener una sentencia en contra, pero eso no explica si la sentencia será justa o injusta, como el caso del sujeto cuya culpabilidad está probada en forma manifiesta, pero por precio, el juez absuelve.

¹ CARRARA, Francesco, Programa de Derecho Criminal, Edit. Temis, Bogotá, 1977, parágrafo 2543.

En Argentina, este supuesto podría calificarse como constitutivo del delito de concusión que, según la tesis de Ramos Mejía², está regulado dentro del precepto que contiene las exacciones ilegales. Bajo el título XI «Delitos contra la administración pública», capítulo IX «exacciones ilegales», el art. 266 CP reprime la conducta de «...el funcionario público que, abusando de su cargo, solicitare, exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos que los que corresponden». Como se verá, para Ramos Mejía lo determinante es la palabra dádiva, porque se trata de algo distinto de los tributos, derechos o contribuciones y, como los funcionarios no tienen competencia legal para exigir dádivas de ningún tipo, si las exigen para sí, para hacer su trabajo, incurren en un delito distinto que el de exacciones ilegales tradicionales que allí mismo también se reprimen. En los artículos 266 y 268 CP parece no estar previsto el delito de concusión que se caracteriza porque el funcionario de entrada exige para sí mismo. Ramos Mejía sostuvo, y su tesis fue seguida por innumerable jurisprudencia, que el delito de concusión está inserto en el artículo 266 CP (contemplada junto a la exacción ilegal simple) cuando incrimina el hecho del funcionario que exige la entrega de una dádiva —que es una de las contraprestaciones que el artículo menciona—, porque como el Estado no puede recibir dádivas es evidente que desde el origen requiere para sí y no para el Estado.

Este capítulo se completa con el artículo 267 que agrava la respuesta punitiva «si se empleare intimidación o se invocare orden superior, comisión, mandamiento judicial u otra autorización legítima», y el artículo 268 prevé el supuesto en que «el funcionario público que convirtiere en provecho propio o de tercero las exacciones expresadas en los artículos anteriores».

Por su parte, el cohecho se encuentra regulado también bajo el Título de Delitos contra la administración pública, en el capítulo VI titulado «Cohecho y tráfico de influencias». El artículo 256 describe la conducta del funcionario público que «...por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones». En el 258 está su contracara, la del cohecho activo en que incurre el particular corruptor.

La otra figura que aparece en el horizonte de casos como el que inicia este trabajo es la extorsión, prevista en el artículo 168 CP, que tipifica la conducta de quien «...con intimidación o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma, oblige a otro a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición

² RAMOS MEJÍA, Enrique, El delito de concusión (Exigencia de dádivas en el ámbito de la función pública), Edit. Depalma, Buenos Aires, 1963.

o a la de un tercero, cosas, dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos» y de quien «...por los mismos medios o con violencia, obligue a otro a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito».

II. LOS CONCEPTOS CLÁSICOS NO SIEMPRE COINCIDEN CON SU RECEPCIÓN LEGAL

El significado del término concusión se reduce a la idea del temor infundido mediante poder público. Constituye concusión el hecho especial de los que obtienen lucro de otros, *metu publicae potestatis* (por miedo al poder público)³. El lucro debe ser indebido⁴. Aquí debe observarse que Carrara habla del lucro del funcionario, pero todavía no concluye si lo que el funcionario hará o dejará de hacer debe ser indebido también o puede tratarse de algo lícito y debido.

La concusión se distingue del delito de corrupción (cohecho), porque en éste se da espontáneamente y en aquél a causa del miedo. No es necesario para la concusión que el mal con que se amenaza sea grave y permanente, basta la amenaza de simples molestias y persecuciones⁵. No es una estafa porque no hay engaño, no parece ser una intimidación o coacción tan grave como la de la extorsión, y no hay un acuerdo de voluntades libre entre el funcionario y el particular, porque éste no tiene necesidad de presentar una dádiva para obtener lo que en derecho le corresponde.

En cuanto la situación de exigencia, pedido, requerimiento o exhortación del funcionario, Carrara señalaba en un párrafo célebre: «Mientras se configure el caso simple y obvio, todo parece fácil; pero no siempre el oficial se dirige a cara descubierta contra el particular para decirle: “O me das cien pesos o te hago poner preso”, o bien, “O me das cien pesos o dicto una sentencia en tu contra”; estos medios son demasiado bruscos, y por esto son precisamente los más raros. El empleado venal no pide, sino que da a entender que recibiría; no amenaza, pero hace que se tema su poder. Entonces el particular (tenga o no tenga motivos justos de temor) comprende y teme, y ofrece el dinero. No es él el autor del pensamiento criminoso; de buena gana habría prescindido de ese sacrificio, confiando en su conciencia y en la justicia de sus propios derechos; pero se le ha hecho conocer que no bastaba tener razón, que era preciso *saber*

³ CARRARA, ob. cit., parágrafos 2566 y 2567.

⁴ CARRARA, ob. cit., parágrafos 2568 y 2570.

⁵ CARRARA, ob. cit. parágrafo 2572. Véanse las diferencias en la forma de infundir temor entre el art. 266 y el 267 Código Penal argentino.

recomendarse, y ha aceptado esta forma de recomendación como una dura necesidad, dolorosa para él ¿Será un *corruptor* que merece ser castigado, o más bien una víctima infeliz de la maldad ajena? Éste es el punto que me parece delicadísimo y difícil de definir»⁶.

Debe advertirse que también hay concusión cuando el oficial público ha puesto en venta su autoridad, porque los particulares se resignan, aunque de mala gana, a las exigencias de aquél, para no provocar su enojo y sufrir sus tristes consecuencias en detrimento de sus derechos personales o reales. La crimiñosidad de la corrupción, a su vez, no debe buscarse en el decreto o en el acto realizados venalmente, sino en la corrupción causada en el ánimo del oficial público⁷. Esta observación parece invitarnos a pensar que el acto del oficial puede ser lícito o ilícito, justo o injusto.

Sin embargo, otros autores sí distinguen si el acto por el cual se dio dinero al oficial público era justo o injusto. Si era injusto, se señala, no puede haber concusión, y el particular que lo quiso, en realidad es como que lo compró con dinero, y ya no podrá tomar la actitud de víctima ni sustraerse a los efectos de una voluntad que en él no pudo dejar de ser abiertamente perversa. En cambio, si el acto era justo, ya no podrá hablarse de corrupción, ni puede imponérsele pena al ciudadano que ante la venalidad de un funcionario se vio obligado a confiar más en la fuerza del oro que en la fuerza de la razón; si el particular tuvo que hacer un sacrificio pecuniario para obtener un acto justo, habrá que creer que lo realizó porque la falta de pulcritud del funcionario lo hacía necesario; y debe creerse que lo hizo *metu potestatis* (por temor al poder), es decir, por el temor de que sus derechos, por sagrados que fueran, se vieran conculcados por el oficial en venganza de no haber recibido recompensa. Entonces el particular es un mero sujeto pasivo del delito; en la sustancia, ni conoció ni quiso la violación de la justicia; en la forma, esta violación es culpa enteramente de la venalidad del oficial; el particular no hizo sino someterse a costa de su dinero⁸.

Como se adelantó, la determinación de si se trató de un acto justo o injusto no es un criterio absoluto ya que presenta ciertas dificultades en ciertos campos, como puede ser el de los procesos judiciales, en tanto allí las decisiones comprenden cierto margen de discrecionalidad por parte del fiscal o juez y, si bien emitir un dictamen fiscal o una resolución judicial está dentro de sus funciones, habrá que determinar en cada caso si el acto puede entenderse como justo o no.

⁶ CARRARA, ob. cit., párrafo 2575.

⁷ CARRARA, ob. cit., párrafo 2577.

⁸ CARRARA, ob. cit. párrafo 2581.

Está claro que, para hablar de concusión, es preciso que el *metus publicae potestatis* (miedo al poder público), haya sido la causa directa por la cual el particular se resignó a permitir que lo despojara de sus derechos el oficial público⁹.

Pero, a raíz de lo estipulado en el art. 268 del Código Penal Argentino, están quienes consideran que solo está previsto el supuesto del funcionario público que pide para la administración (el supuesto del art. 266) y luego convierte ese dinero en provecho propio. La conclusión lógica de los seguidores de esta teoría es que cuando el funcionario de entrada exige una dádiva para sí mismo, ese supuesto no está previsto en el Código Penal argentino¹⁰. Otros autores ubican la concusión en el artículo 268 según el giro que dan al verbo convertir¹¹.

Permítaseme una digresión: increíblemente, como si esta controversia ya estuviera saldada, la ley 27.401 de responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas prevé un catálogo cerrado de delitos que éstas pueden cometer, entre los que enuncia la concusión y aclara: «prevista en el artículo 268 CP». Además de que no me imagino como una persona jurídica privada puede cometer un delito de funcionarios públicos, no se explica cómo el legislador ha decidido, siguiendo la posición minoritaria y sacada de contexto, que la concusión está solamente en ese artículo y no en el 266 del Código Penal argentino. Recuérdese que para Creus, los casos en que el funcionario pide para sí de entrada, no son atípicos, sino extorsiones; de modo que el legislador, para ser coherente, debería haber incluido también este delito en el catálogo cerrado de incriminación de las personas jurídicas.

Retomo. No es posible realizar una exégesis de todos los argumentos, pero sí debe advertirse que no es posible entender cabalmente la concepción que cada jurista tiene de alguno de estos delitos, sino se tiene en cuenta lo que sostienen respecto de los demás. Así, por ejemplo, se discute mucho si podría haber cohecho pasivo (art. 256 del Código Penal argentino) cuando es el funcionario quien inicia las tratativas para lograr un acuerdo con el particular, porque nuestro texto legal no lo dice expresamente. En la Argentina la doctrina mayoritaria siempre sostuvo que no puede haberlo. Ahora bien, tampoco la

⁹ CARRARA, ob. cit., parágrafo 2885.

¹⁰ CREUS, Carlos, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo 2, Astrea, Bs. As., 1990, p. 280 ss. Llama concusión al delito del artículo 268 del Código Penal argentino que se da cuando el funcionario exige para la Administración y luego convierte lo pedido para sí mismo. Cuando el funcionario exige de entrada para sí mismo podrá haber otro delito, como extorsión. Del autor conviene leer su obra específica Delitos contra la Administración Pública. RIMONDI, Jorge Luis, La tipificación de la concusión en el artículo 266 del Código Penal, Suplemento de Jurisprudencia Penal, editorial La Ley, 30/7/1999, p. 11. Estima que no está prevista ni en el 266 ni en el 268 del Código Penal argentino.

¹¹ SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Actualizado por Manuel A. BAYALA BASOMBRÍO. TEA. Bs. As. 1988, p. 206 ss.

letra de la ley dice que ese delito se llama pasivo porque se parte de la idea de que el funcionario está en una actitud pasiva y es corrompido por el particular. Esta posición dice que cuando el funcionario es el que inicia el pedido, habrá concusión, exacción o extorsión, pero no cohecho pasivo.

Pero si se sigue este razonamiento sería posible considerar que la situación es impune, porque el cohecho pasivo no prevé exactamente esa situación de hecho (el funcionario que inicia el pedido) y porque no estaría expresamente prevista la concusión clásica (sino solo la del funcionario que pide para la administración y luego convierte el dinero para sí). También sería posible concluir en que el cohecho pasivo admite mayor o menor actividad del funcionario —explícita o implícita, según el autor que lo explique— dirigida a lograr la oferta del particular, lo cual no sería un caso de concusión, siendo indiferente que ésta figura esté o no legislada en nuestro Código Penal.

En el Código Penal español esta discusión está resuelta, en tanto el cohecho prevé también el supuesto en que la autoridad o funcionario público solicitare dádiva, favor o retribución de cualquier clase. El artículo 419 establece la respuesta penal para «[l]a autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar...», mientras que en el artículo 420 abarca los casos en los que el acto del funcionario público fuera propio de su cargo.

Por su parte, la figura de exacciones ilegales está prevista en el art. 437 del Código Penal español que tipifica la conducta de «[l]a autoridad o funcionario público que exigiere, directa o indirectamente, derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidos o en cuantía mayor a la legalmente señalada...»

Como se ve, esa descripción no se condice con el delito de concusión clásico, ya visto. Se refiere a las clásicas exacciones, de los funcionarios que piden mayores sumas de dinero para los organismos oficiales que recaudan tributos, impuestos, contribuciones, tasas, etc.

Esto lleva a considerar que en España habrían eliminado el delito de concusión¹². No se trataría de una fusión en el precepto legal del cohecho con la

¹² Con motivo de la redacción de este texto, mantuve varias conversaciones sobre el tema con las profesoras de derecho penal Inés OLAIZOLA NOGALES (Navarra) y Marta Fernández CABRERA (Málaga), y con el profesor Joan J. QUERALT JIMÉNEZ (Barcelona), quienes me transmitieron sus impresiones sobre el sistema español. Ver específicamente OLAIZOLA NOGALES, Inés. El delito de cohecho, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p 175 ss y p. 233 ss. Asimismo, y sobre el texto anterior del Código penal español, ver VALEIJE ALVAREZ, Inmaculada. Aspectos Problemáticos del Delito de Concusión (diferencias con el Cohecho). Revista General del Derecho. Año L. Núm. 597. Junio de 1994. Valencia. España, pág. 6517.

concusión, sino de su eliminación, porque no distingue el supuesto de un acuerdo inválido –por temor– del acuerdo de voluntades libre entre el particular y el funcionario. Es decir, el sistema español no tendría en cuenta que el particular no puede ser considerado un codeincuente cuando obró por temor a la autoridad y, por ende, sólo podría ser víctima.

Lo dicho se corresponde con la consecuencia que depara al particular, en el artículo 426 CPE, a quien se exime de pena por el delito de cohecho que accedió a la solicitud de dádiva si lo denuncia dentro de los dos meses. Es decir, no trata al particular como víctima del temor (concusión), sino como codeincuente del cohecho.

Ahora bien, en el mismo art. 424, inc. 1º también aparece la situación del particular que entrega dinero porque el funcionario se lo exigió para hacer algo un acto propio de su cargo, y lo dice en forma separada al acto contrario a sus deberes y a los supuestos de omisión, retraso o incumplimiento de actos que debía realizar. Y si el acto es propio de sus funciones, no podría ser ilegal, sino algo a lo que el particular tiene derecho¹³.

Luego, podría decirse que el viejo delito de concusión está ahí metido, aunque, contra todo pronóstico, se trata a la víctima como un codeincuente (la contracara del cohecho pasivo). Es decir, si bien podríamos decir que esa descripción fáctica no responde a los postulados tradicionales del cohecho, deberíamos reconocer que por las consecuencias que depara a la contraparte del funcionario, tampoco es una concusión.

Goldes¹⁴ compara la legislación de ambos países referida al tipo penal de exacciones ilegales y recuerda como diferencia relevante el hecho de que en el tipo penal de Argentina se haga alusión a la dádiva, término que no está presente en la conducta descrita en el Código Penal español, aunque sí lo está en el tipo penal de cohecho de España.

La inclusión del término dádiva en el caso argentino ha traído diferencias interpretativas entre la doctrina. Creus afirma que de aquél no se extrae que lo requerido deba ser para el funcionario, sino que considera posible sea para la

¹³ Código Penal Español. Artículo 424. 1. El particular que ofreciere o entregare dádiva o retribución de cualquier otra clase a una autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública para que realice un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo o un acto propio de su cargo, para que no realice o retrase el que debiera practicar, o en consideración a su cargo o función, será castigado en sus respectivos casos, con las mismas penas de prisión y multa que la autoridad, funcionario o persona corrompida (lo resaltado me pertenece).

¹⁴ GOLDES, Ezequiel, Cohecho, exacciones ilegales y concusión en Argentina y España. Un breve análisis en perspectiva comparada, en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires, número 7 – abril 2018.

Administración¹⁵. Él adhiere a quienes piensan que no puede existir cohecho pasivo si no ha existido cohecho activo¹⁶. El funcionario que no se limita a recibir o aceptar, sino que requiere, impone o procura el ofrecimiento o la promesa, sale de este delito para entrar en el capítulo de las exacciones o en el de los delitos contra la propiedad. Sin embargo, la mera sugerencia, o los actos tendientes a facilitar el ofrecimiento o la promesa, no quedan comprendidos en esta última categoría y pueden dar pie al cohecho¹⁷. Finalmente, llama concusión al delito del artículo 268 CP, pero donde el término convertir significa dar a lo traído un destino distinto del que se invocó como motivo de la detracción, es decir, no ingresarlo en la Administración haciéndolo entrar en el patrimonio propio o de un tercero. El objeto tiene que haber sido exigido o percibido para la Administración. La prestación que el funcionario requiere para sí con conocimiento de la víctima de ese destino no es exacción, no puede ser convertida y no cabe en la tipicidad de la concusión. Rechaza la tesis de Ramos Mejía¹⁸.

Soler tiene una interpretación completamente diferente. La concusión, que nuestro código llama exacción y estaría dentro de las exacciones ilegales, es una especie de extorsión, en la que actúa como elemento coactivo el temor a la autoridad. La corrupción es un delito bilateral; la concusión no. Un hecho no se transforma en concusión por la sola circunstancia de que el funcionario solicite la dádiva, si lo que está detrás es un acuerdo libre de voluntades¹⁹. Cuando el funcionario sale de una actitud pasiva para entrar a *requerir, imponer o procurar* el dinero, fácilmente se penetra en el terreno de la concusión²⁰. La corrupción pasiva que se manifiesta en la forma de insinuación para que la promesa corruptora sea formulada, ofrece una diferencia muy tenue con respecto a la exacción²¹.

Todo indica que, en la corrupción, sea cual sea la parte que toma la iniciativa, los dos sujetos llegan a un acuerdo voluntario perfecto; el corruptor da porque quiere dar. En la exacción, aun cuando se llegue a una resolución co-

¹⁵ CREUS, ob. cit., pág. 316.

¹⁶ CREUS, ob. cit., pág. 280.

¹⁷ CREUS, ob. cit., pág. 280/1.

¹⁸ CREUS, ob. cit. pág. 318/9. El sistema de Creus puede resultar atractivo, porque la conducta del funcionario público que exigiera algo para sí con el fin de hacer o no hacer algo relativo a sus funciones, al no estar legislada la concusión clásica, encuadraría en el delito de extorsión que tiene una pena severísima, más en consonancia con las del cohecho agravado del juez y con la gravedad del hecho en comparación al funcionario que exige para el Estado.

¹⁹ SOLER, ob. cit., pág. 206/7.

²⁰ SOLER, ob. cit., p. 211.

²¹ SOLER, ob. cit., p. 253.

mún, el acuerdo dista mucho de existir, porque el *extraneus* se determina por temor al poder del sujeto activo o por error, es decir, con voluntad viciada²².

Para que exista concusión no será indispensable que el funcionario exija algo que afirme debido al fisco, pues con este criterio quedarían fuera las concusiones más arbitrarias y graves, las explícitas, consistentes, según la definición de Carrara, en amenazar con un acto del propio poder, que se *confiesa injusto*²³. La expresión *convirtiere* (art. 268 CP) pareciera imponer un giro especial a la figura básica, de manera que para que exista concusión sería necesario que la víctima hubiere pagado algo que suponía destinado al Estado y que, no mediando ese error, no se podría hablar de concusión. No obstante, insistimos en creer que, desde el punto de vista teórico, ese es un criterio falaz. Basar la figura de la concusión en las suposiciones que haga la víctima acerca del destinatario de la exacción, no es algo claro y objetivo. Está claro que ésta debe ser impuesta en nombre de la autoridad o so color de contribución; pero por lo mismo que se trata de una medida arbitraria, en la que lo exigido es indebido y el pago se hace por temor, resulta casi contradictorio, y en el fondo derogatorio de la figura de la concusión explícita, la exigencia de un requisito por el cual resulta que el particular creería pagar al Estado algo indebido, por temor a la autoridad, cuya función debería ser en el tal caso precisamente la de ampararlo. Es evidente que, para determinar el pago, será preciso suponer de parte del funcionario una conducta muy distinta de amparar al ciudadano. Este, en la concusión explícita, paga por temor al órgano, no al Estado y, cuando menos, sospecha que la conducta incorrecta de aquél no es desinteresada²⁴. Por lo tanto, la expresión «convierte» tiene el sentido puramente negativo, equivalente a no depositar o entregar a las arcas fiscales. La expresión es más adecuada para los casos de exacción tácita (error) que para los de exacción explícita (coacción). Además, esa conversión debe ser hecha por el funcionario antes de que el dinero ingrese a la caja fiscal, porque cuando esto ha ocurrido, la acción de sustraer los fondos constituye una malversación... Este es otro detalle que muestra el alcance con que se ha empleado la palabra conversión²⁵.

Según nuestro punto de vista, las posiciones de Soler y de Ramos Mejía parecen más convincentes que las negativas. Veamos.

Con sustento en una interpretación que dice literal, Rimondi²⁶ sostiene que el art. 266 Código Penal argentino prevé el primer delito del Capítulo deno-

²² SOLER, ob. cit., p. 253.

²³ SOLER, ob. cit., p. 254, cita de CARRARA, parágrafo 2572.

²⁴ SOLER, ob. cit., p. 261.

²⁵ SOLER, ob. cit., p. 262.

²⁶ RIMONDI, ob. cit.

minado Exacciones Ilegales, de modo que allí se establece la figura básica de ese nombre, la cual está perfectamente relacionada con los dos artículos subsiguientes que a ella se refieren. Si el artículo no menciona el *nomen iuris* y está primero en el Capítulo de las exacciones ilegales es porque se refiere únicamente al delito conocido con ese nombre y así, cuando el artículo 268 hace referencia a las exacciones, debe incluirse en ellas todos los supuestos del tipo básico.

A este razonamiento se podría responder que no termina de contemplar todos los significados de las palabras empleadas por la ley. Así, no es natural ni técnico que una *dádiva* sea exigida en nombre del Estado. Con igual autoridad se podría sostener que una contribución puede ser requerida en provecho propio y no del Estado (ver diccionario).

Ahora bien, nada dice el hecho de que otro artículo se refiera a las exacciones del anterior, porque puede indicar, indistintamente, que se refiere a una parte o al todo su enunciado o, porque, y esto es fundamental, la concusión también es una exacción. Debe quedar en claro que el Estado tiene derecho a realizar exacciones legales y, por ello, el delito se presenta cuando aquéllas son ilegales²⁷. Según la Real Academia, la primera acepción de la palabra exacción, es la acción y efecto de exigir, con aplicación a impuestos, prestaciones, multas, deudas, etc., con lo que, el adjetivo ilegal cae perfecto para los funcionarios que están facultados a exigir todas esas cosas, pero no a hacerlo ilegalmente. Pero en su segunda acepción exacción es el cobro injusto y violento, con lo cual, el adjetivo ilegal no encaja porque sería redundante, un pleonismo, ya que un cobro injusto y violento siempre es ilegal. No se trata entonces aquí de la primera exacción y no es derivación lógica sostener que cuando se exige una dádiva, de esa forma estamos en presencia del delito de exacción ilegal.

En cambio, la concusión es por definición un cobro injusto y violento (*vis moral*). Y de esta premisa se deriva que lo exigido al cobro necesariamente tiene que ser otra cosa que aquéllas a que está facultado el funcionario a requerir; y la menciona: es una dádiva.

El autor citado también critica el conocido argumento derivado de que el Estado no está habilitado a pedir dádivas. Sostiene que podría haberlas en favor del erario público. Propone el ingenioso ejemplo de los policías que piden comida a los comercios de la zona para alimentar a los detenidos alojados en las comisarías. De este modo, una dádiva podría ser objeto de exacciones ilegales y el término no sería indicativo de que allí se encuentre la concusión.

²⁷ Pasa lo mismo con los apremios.

Sin embargo, en el ejemplo mencionado el funcionario público no estaría exigiendo una dádiva²⁸, sino una contribución indebida para el Estado (art. 266 CP argentino) cuyos funcionarios se encargarán de distribuir entre los presos (o convertirán en provecho propio, art. 268 CP argentino), porque la alimentación de los presos está a cargo del Estado y la debe solventar con los impuestos y contribuciones²⁹ de los contribuyentes (perdónese la redundancia).

Pero, aun así, el concepto de dádiva no es el problema. El asunto pasa por el destino original de la contraprestación exigida. En este punto no debe olvidarse el significado de cada delito. Cuando de entrada el funcionario exige para sí nunca hay exacción ilegal, llámese como quiera llamarse a lo exigido, sino una concusión. No es la palabra dádiva lo que define el delito, sino que es el delito lo que define a la palabra. Una exacción también es ilegal cuando el funcionario exige una prestación indebida (primera acepción del diccionario) pero no por las características del objeto pedido, sino por el destino que desde el inicio le da: el Estado. En cambio, si *ab initio* exige para sí esa misma prestación, habrá concusión.

El último argumento que se dirige contra el reconocimiento de la figura de concusión dentro del artículo 266 del Código Penal argentino (o del 268) es el de la desarmonía de las penas. No puede sostenerse –se alega– que el legislador se ha equivocado y que la estructura punitiva del Código Penal carece de criterio. Si en el artículo 268 donde el agente exige para el Estado, pero luego convierte para él se prevé una pena de 2 a 6 años de prisión, no es coherente que en el 266 donde el agente abusando del cargo directamente pide para sí inspirado en un móvil meramente particular se prevea una pena de 1 a 4 años de prisión, inhabilitación especial de uno a cinco años y multa de dos a cinco veces del monto de la exacción.

La solución es atractiva y podrían agregársele más argumentos en su favor, tal el de comparar la pena del 266 con las del cohecho (arts. 256 a 258 CP argentino). Si en este delito sólo tenemos un damnificado, la Administración Pública, porque el particular dispone libremente de su propiedad al ponerse de acuerdo con el funcionario, no se entiende cómo puede preverse menos pena que para la figura del artículo 266 CP donde los damnificados son dos: la Ad-

²⁸ Dádiva es lo que se da graciosamente, es decir, un beneficio, don o favor que se hace sin un merecimiento particular, que se da en balde.

²⁹ Contribución es la cuota o cantidad que se paga para algún fin, y principalmente la que se impone para las cargas del Estado. Más técnicamente es una forma de tributo, que se da para obtener beneficios o ventajas para personas o grupos sociales como consecuencia de obras públicas o de actividades estatales (Giuliani FONROUGE). En el ejemplo comentado, es indebida, porque esos funcionarios no están autorizados a recaudar de esa forma, por más que la seguridad, salud y alimentación de los presos sea una cuestión de interés público y una actividad estatal.

ministración Pública y el particular, víctima que no dispuso libremente de su patrimonio. Peor es el resultado que arroja el cotejo con el delito de extorsión (art. 168 CP argentino) donde se prevé una pena de cinco a diez años de prisión y pese a que la modalidad es muy parecida a la de la concusión. De hecho, Donna señala que para Ramos Mejía la concusión se trataba de un verdadero delito de extorsión pero que, al ser obra de un funcionario público y por el medio empleado, adquiriría una particularidad propia³⁰.

Pues bien, razones reales de esta discordancia pueden encontrarse en el proceso legislativo que llevó a la sanción del Código Penal tal como quedó redactado en esta parte. Sin embargo, no es buen método de interpretación de la ley recurrir a la voluntad del legislador histórico, porque es totalmente falible y porque, en definitiva, aquella pudo no haber quedado reflejada en la ley misma.

En verdad, no hay un método interpretativo aprobado por todos para responder estos casos. Se puede decir con igual autoridad que el monto de las penas previsto es determinante para establecer qué delito se ha concretado, como que ello no es así, porque lo relevante es el significado del texto del precepto y no el de la consecuencia punitiva, que siempre es relativo.

Como se sabe, los preceptos penales contienen dos partes. Una es la descripción de la conducta punible y la otra la consecuencia punitiva deparada a quien se considere la ha realizado. Lo lógico es que las razones de política criminal que motivan la necesidad de inclusión de una conducta dentro del catálogo de acciones prohibidas o debidas vayan de la mano con las que se tuvieron en cuenta para asignarle mayor o menor gravedad y que serán las que generen la amenaza de mayor o menor pena para el autor. Sin embargo, se trata de dos procesos distintos en dos niveles de análisis y, quizá, la consecuencia de uno no tiñe al otro.

Algunos consideran que el criterio distintivo entre la extorsión y la concusión es la intimidación que se exige en la primera. Debe recordarse que, en la extorsión, el sujeto activo simula ser autoridad pública o tener orden de ella (lo cual es falso), de modo que no puede tratarse de un funcionario actuando en ejercicio de sus funciones o de su mandatario. Si se comparte que es imposible distinguir los grados en que se presenta la compulsión, la vis moral, porque eso depende de las condiciones personales del sujeto activo y del pasivo. También debe anotarse que puede haber intimidaciones que se presentan en formas veladas, y que el temor a la autoridad pública de la concusión puede ser tan intimidante como el de la extorsión, la cuestión no es tan sencilla.

³⁰ DONNA, Edgardo Alberto, *Delitos contra la administración pública*. Tercera edición actualizada. Rubinzal Culzoni Editores, 2018, p. 475.

Y en cuanto a la estafa, la cuestión se define por el motivo por el cual la víctima entrega el dinero. Igual que la distinción entre extorsión y estafa. En ésta, no hay temor, el funcionario no infundió miedo al particular, sino el sujeto activo simplemente lo engañó y ello fue determinante para que ejecute por error su contraprestación patrimonial perjudicial.

III. PARA CONCLUIR

Mientras que, en Argentina el supuesto de un funcionario público que requiere para sí una prestación económica (dádiva) a los ciudadanos, para hacer o dejar de hacer algo propio de su función, encuadraría en el tipo penal de concusión, en España ello es tratado como un cohecho³¹, con el serio problema de que el particular será considerado un codelincuente. Esta situación, a nuestro modo de ver, desatiende una situación real muy frecuente, en todo el mundo, que fuera descrita por Carrara, como se vio al principio. No se trata solamente de que el particular acuerde algo indebido para obtener un beneficio, sino de que hay funcionarios que han puesto en venta sus servicios y los particulares no tienen otro remedio que acceder a sus solicitudes para obtener lo que en derecho les corresponde. Piénsese en los funcionarios en oficinas clave, que son un verdadero cuello de botella de determinados trámites, y a la que un sinnúmero de particulares deben acudir reiteradamente para obtener lo que en derecho les corresponde.

En cuanto al cohecho, ambas legislaciones han adoptado una estructura distinta. Como vimos, en Argentina algunos juristas consideran que en el cohecho pasivo se requiere que el funcionario público no haya iniciado las tratativas, sino que se limita a escuchar el ofrecimiento por parte del particular que dispone libremente de su patrimonio con la finalidad de obtener un beneficio (la acción u omisión del funcionario)³².

A mi modo de ver esta exigencia es una demasía. Las palabras se enuncian en un contexto y su significado depende de otras cosas, que están más allá de su definición en el diccionario. Muchas veces, el funcionario «sugiere» o «da a entender» y luego, el particular sabe que debe ofrecer la prestación económica. Basta con una seña, un gesto. O, si se lo quiere literal, podría ocurrir que el funcionario le diga al particular: «pídame Ud. y ofrézcame dinero para que yo

³¹ GOLDES, ob. cit.

³² ORGEIRA, José María, El Funcionario Público que «Pide» una Dádiva: conducta delictiva o atípica, editorial La Ley, 1983-A-725/7. Hace una síntesis de las opiniones de los autores argentinos, adhiere a la de Ricardo NÚÑEZ y Ernesto URE. Señala que no basta que el funcionario insinúe o pida sin ejercer coerción o sin valerse del error ajeno; cuando en estas condiciones el tercero paga o entrega, se tratará de cohecho.

haga tal cosa». El criterio de quién tomó la iniciativa no puede aceptarse *sic et simpliciter*, porque puede haber cohecho cuando el funcionario simplemente propone y el particular acepta con plena libertad de consentimiento, y puede haber exacción-concusión cuando el funcionario prepara el terreno, con tal habilidad y artería, que coloca a la víctima en situación de incitarla a la iniciativa.

Esto nos lleva a afirmar que en el cohecho la esencia del problema no está en quien procura o propone el acuerdo sino en lo que el pacto buscado significa para ambas partes. Si no aparece un perjuicio posible para el particular³³, ese acuerdo será igualitario y sin consentimiento viciado por el temor a la autoridad; por el contrario, siempre que se acuerde por temor habrá concusión. Entiéndase que perjuicio no es equivalente a ser privado de una ventaja y esta distinción puede ser muy útil a la hora de determinar el estado anímico del particular. A ello cabe agregar, que no basta con que el funcionario quiera un acuerdo y crea que su propuesta no es expoliadora, pues de actitud y contexto pueden generar temor y un menoscabo a la libertad de contratación del particular, y habrá concusión³⁴. El hecho de que el acto funcional pueda calificarse como justo o injusto es otro elemento determinante. Pues, en caso de realizar una disposición patrimonial para un acto injusto, el particular beneficiado ya no podrá ser considerado una mera víctima de la intimidación de la autoridad pública.

Por el contrario, España incluyó dentro del cohecho el supuesto en el cual el funcionario solicita para sí o para un tercero aquella disposición patrimonial y no distingue si el particular tiene su voluntad viciada o actúa libremente, aunque lo trata como un codelincuente. Luego, con relación al acto del funcionario, es decir, si este es «justo» o «injusto», prevé ambos supuestos en distintos preceptos, el artículo 419 del Código Penal Español refiere a los casos en los que el acto del funcionario es contrario a los deberes inherentes a su cargo, mientras que el artículo 420 de aquel cuerpo legal describe el supuesto de un acto propio de su cargo. En el primero de los supuestos, la pena prevista es mayor.

³³ Particular se llama aquí al sujeto pasivo de la concusión o al sujeto activo del art. 258 del CP argentino, porque lo es en relación con el funcionario que abusa del cargo, pero puede tratarse de otro funcionario no relacionado con las funciones de que se abusa.

³⁴ El cohecho agravado (257 CP argentino) es el cometido por un juez, con el fin de dictar o demorar u omitir dictar una resolución o fallo, en asunto sometido a su competencia. Con la tesis de la posición dominante de la autoridad este delito nunca se podría dar en la realidad porque las partes sometidas a la jurisdicción de un juez siempre se encontrarían en la situación del artículo 266 CP –cuanto menos– ya sea que el juez sugiera («el puente de plata») o que la parte ofrezca, porque de no arreglar el particular sabe que le esperan seguros perjuicios para su situación procesal, incluido el considerar que si no arregla él lo hará la otra parte. Es más, cuando una de ellas ofrece y el juez quiere más dinero, nunca podría hablarse de tratativas previas a un acuerdo igualitario. La inserción de esta figura como cohecho demuestra que un juez, pese a su posición dominante sobre las partes, también puede concertar un acuerdo igualitario con una de ellas. El problema no pasa por quien propone, sino por el contenido de lo propuesto.

CAPÍTULO LXXVI

LA INFRACCIÓN PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y EL DELITO DEL ARTÍCULO 286 SEIS DEL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DE 2013: PARALELISMO Y COMPATIBILIDAD

CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ

Catedrático de Derecho penal. Universidad de A Coruña

*A mi querido amigo y compañero
Javier de Vicente Remesal
con afecto y admiración.*

I. INTRODUCCIÓN

De forma simultánea, y sin saber uno en lo que el otro estaba trabajando (a pesar de nuestra cercanía afectiva y geográfica), Javier¹ y yo² publicamos hace algunos años sendos trabajos sobre la responsabilidad penal de la persona física por infringir los deberes de vigilancia y control en el seno de personas jurídicas (en adelante PJ) y empresas, con especial referencia al artículo 286 seis del Proyecto de Ley Orgánica de Código penal español de 2013, un pre-

¹ DE VICENTE REMESAL, Control de riesgos en la empresa y responsabilidad penal: la responsabilidad de la persona física (directivo, representante legal o administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica) por infringir los deberes de vigilancia o control, en RP, 34/2014, pp. 170 ss.

² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Del incumplimiento del deber de vigilancia o control en personas jurídicas y empresas (El artículo 286 seis del Proyecto de Ley Orgánica de Código penal español de 2013), en Libertas, 3/2015, pp. 50 ss.

cepto que –de haberse incorporado a nuestro texto punitivo– habría supuesto la introducción de una importante novedad en nuestro CP en el sistema de la responsabilidad penal de las PJ y empresas.

El delito que se proyectaba crear en el artículo 286 seis (y que iba vinculado a la modificación de la responsabilidad penal de las propias PJ) no se incluyó finalmente en la LO 1/2015, en la que, en cambio, sí se reformaron relevantes aspectos de la responsabilidad penal de las PJ en los artículos 31 bis a 31 quinquies.

Ciertamente, la redacción del artículo 286 seis presentaba diversos e importantes defectos técnicos y político-criminales, pero a Javier³ y a mí⁴ nos parecía que no habría que descartar la tipificación de un delito de peligro que –con una correcta técnica legislativa– castigase la infracción de los deberes de vigilancia y control de los directivos en el seno de las organizaciones empresariales.

Mi reciente interés en profundizar en la estructura dogmática de la infracción penal de las PJ, que se materializará en un trabajo específicamente dedicado a esta materia⁵, me ha hecho ver el claro paralelismo estructural existente entre esta infracción penal (tal y como ha quedado regulada tras la reforma realizada por la LO 1/2015) y el delito que se proyectaba crear en el artículo 286 seis.

A continuación, explicaré tal paralelismo con la doble finalidad de exponer la estructura dogmática que, a mi juicio, posee la infracción penal de las PJ y de proponer la inclusión de un delito de peligro en la línea del delito que se contenía en el Proyecto de 2013, pero con una descripción típica que no solo sea técnicamente correcta, sino que además se armonice con la responsabilidad penal de las PJ.

II. LA ESTRUCTURA TÍPICA DE LA *INFRACCIÓN PENAL* DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Vaya por delante que el paralelismo va referido exclusivamente a la *estructura típica*, puesto que, mientras que el artículo 286 seis preveía crear un genuino *delito* en la Parte especial del CP⁶, la *infracción penal* de las PJ

³ DE VICENTE REMESAL, RP, 34/2014, pp. 199 s.

⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN, Libertas, 3/2015, pp. 51 s. y 100 ss.

⁵ Y que se publicará en el n.º 3 de la Revista electrónica de responsabilidad penal de personas jurídicas y *compliance* (REDEPEC).

⁶ Se proyectaba incluirlo en una nueva sección cuarta bis («Del incumplimiento del deber de vigilancia o control en personas jurídicas y empresas») ubicada dentro del capítulo XI, título XIII, libro II.

no consiste en un *delito* en el sentido de los artículos 1, 5, 10 y concordantes del CP⁷.

En efecto, parto de la premisa de que las PJ no pueden *realizar o cometer delitos*, conforme a la definición de delito contenida en el CP español y comúnmente compartida en la doctrina, esto es, con arreglo a los conceptos del Derecho penal individual, en atención a lo cual no cabe hablar de una responsabilidad penal *en sentido estricto* de las PJ, análoga o equivalente a la de las personas físicas; solo cabe identificar una responsabilidad penal en sentido amplio. Esta premisa, que es compartida por un amplio sector doctrinal, se fundamenta, a mi juicio, en la idea básica de que *la PJ no cuenta ya con un sustrato real propio que pueda considerarse análogo o equivalente a la libertad de acción, que, a mi juicio, constituye el presupuesto básico del sistema penal* (y, en particular, el punto de unión entre la doctrina de la acción y la de la norma). Al partir de la base de que, con arreglo a la concepción significativa de la acción, la libertad de acción va referida a un comportamiento humano y de que dicha libertad es ya presupuesto de la acción misma, o sea, presupuesto de la imagen de mundo desde la perspectiva de la acción, es obvio que (sin necesidad de tener que llegar a examinar otras categorías dogmáticas) la PJ carece ya de capacidad de acción en sentido jurídico-penal⁸.

En suma, podemos convenir en que, en el marco de un subsistema penal, el legislador de 2010 y 2015 tipificó una *infracción penal* que, por así decirlo, es imputable (solo) *objetivamente* a la PJ.

Por tanto, asumo como punto de partida que las PJ no pueden lesionar normas jurídico-penales de determinación de conducta, ni, consecuentemente, pueden ser castigadas con auténticas penas; pero ello no implica que no puedan ser sancionadas con otras consecuencias jurídico-penales, *derivadas* de los delitos *cometidos* por las personas físicas que las integran. En este sentido, comparto la idea de que no hay obstáculo para identificar un *estado de cosas objetivamente antijurídico*, en el sentido propuesto ya por Silva⁹, esto es, una realidad objetivamente favorecedora de la comisión de delitos por parte de las personas físicas integrantes de la PJ. En fin, un estado de cosas que lesiona únicamente normas jurídico-penales de valoración y que debe ser concebido como un injusto meramente sistémico (que ni siquiera puede ser objetivamen-

⁷ De hecho, es ya el tenor literal del artículo 31 bis CP el que señala paladinamente que quienes «cometen» o «realizan» los delitos son exclusivamente las personas físicas enumeradas en las letras a) y b) del artículo 31 bis.1.

⁸ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, El postulado de la libertad de acción y la incapacidad de acción de las personas jurídicas, en LH Queralt, Barcelona 2021 pp. 293 ss.

⁹ SILVA SÁNCHEZ, La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español, en Silva/Montaner, Criminalidad de empresa y Compliance, Barcelona 2013, pp. 34 ss.

te típico con base en los tipos –de autoría– de la Parte especial) y que debe ser despojado, por supuesto, de todo aspecto subjetivo.

Proyectando estas consideraciones sobre la regulación del CP, entiendo que la exigencia de dicho estado de cosas defectuoso se concreta en caracterizar la ausencia de los programas de cumplimiento (definidos en el art. 31 bis, 2 a 5) como el auténtico *presupuesto* de la infracción penal de las PJ, pero con la importante particularidad añadida de que, a consecuencia de él (a consecuencia del incumplimiento de las medidas idóneas de prevención de delitos que puedan ser cometidos en nombre y en beneficio de la PJ), se produce un *resultado* (el delito cometido por la persona física), que no es, pues, una mera condición objetiva de punibilidad, sino que se vincula al presupuesto por una conexión de riesgo según el modelo de la imputación *estrictamente* objetiva¹⁰, que he venido propugnando en la teoría del delito y que se aparta del modelo sustentado por la opinión dominante¹¹.

Efectuada esta salvedad, y asumiendo que la PJ no *realiza* una acción, lo que sí se puede afirmar entonces, desde la perspectiva de la concepción significativa del delito, es que en la *infracción* penal de la PJ *existe* una situación análoga a lo que conocemos como tipicidad penal, basada exclusivamente en la pretensión de validez de la norma penal que denominamos pretensión de *relevancia*¹².

Por consiguiente, la *infracción penal* de la PJ se compone de dos elementos: 1) la tipicidad en sentido estricto (pretensión puramente conceptual, vertiente fáctica) que se limita a abarcar aquellos presupuestos de la infracción que cumplan una función definitoria de la clase de infracción de que se tra-

¹⁰ Entiendo que esta caracterización viene a coincidir sustancialmente con la que, entre otros autores, propuso FELJO SÁNCHEZ, *El delito corporativo en el Código Penal español* (Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas), 1.ª ed., Pamplona 2015, pp. 74 ss., quien, tras descartar que el delito individual pueda calificarse de mera condición objetiva de punibilidad, critica, con razón, tanto a los defensores de un modelo de autorresponsabilidad puro de las empresas (al no ser capaces de integrar en el modelo el delito individual) cuanto a los defensores de un modelo de transferencia limitado o mixto (en la medida en que asumen que el auténtico fundamento de la responsabilidad penal de la PJ reside en el delito individual).

¹¹ Aludo a una imputación *estrictamente* objetiva, en el sentido que, en el seno de la concepción significativa del delito, le he venido otorgando en diferentes trabajos, o sea, como una imputación despojada de toda connotación subjetiva y que se incluye en la primera categoría del delito (tipo de acción), diferenciada, pues, de la imputación objetivo-subjetiva, que se incardina en la segunda categoría del delito (la ilicitud). Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *La autoría en Derecho penal. Un estudio a la luz de la concepción significativa* (y del Código penal español), Valencia, 2019, pp. 107 ss. Y de ahí que, en lo que atañe a este aspecto, desde mi punto de vista no exista diferencia estructural sustancial, *mutatis mutandis*, entre el contenido de la imputación objetiva del *delito* de la persona física y el de la *infracción penal* de la PJ. En cambio, sí habría una diferencia sustancial para la opinión dominante, dado que esta introduce momentos subjetivos en la teoría de la imputación objetiva.

¹² Por tanto, en la *infracción* penal de la PJ no habría pretensión de ilicitud (antijuridicidad subjetiva) ni, por supuesto, pretensión de reproche (culpabilidad). Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, LH Queralt, 2021, pp. 297 ss.

te; 2) el desvalor de resultado o antijuridicidad material u objetiva (pretensión de ofensividad, vertiente valorativa).

Con todo, hay que realizar una *ulterior* salvedad con respecto al contenido de la *infracción* de la PJ en su analogía con el tipo de acción de la persona física: en la tipicidad de la PJ no tienen cabida unos elementos análogos a los que en la teoría del delito denomino *elementos subjetivos del tipo de acción*, concebidos como elementos que cumplen una función definitoria de la acción¹³. En efecto, si la PJ no está en condiciones ya de *realizar* una acción en sentido jurídico-penal porque carece del sustrato biológico o soporte cognitivo que posibilitaría justificar su conexión con la norma penal, tampoco podrá existir en ella una *intención* o momento anímico dirigidos a una determinada meta.

Y de ahí se deduce, por lo pronto, que en la *infracción* penal atribuible a la PJ no cabe imaginar ya conceptualmente algo análogo a lo que en la teoría del delito denominamos *tentativa*, habida cuenta de que el tipo de acción de esta requiere un elemento subjetivo, integrado por la resolución (o voluntad) de consumir el hecho típico, o dicho más correctamente, la voluntad (eventual) de alcanzar una meta que coincide (objetivamente) con el hecho descrito en un tipo penal¹⁴.

En definitiva, despojada de cualquier momento subjetivo, la *tipicidad en sentido estricto* de la *infracción* penal de la PJ en el CP queda integrada por dos elementos: por un lado, una omisión, caracterizada por el incumplimiento de las medidas idóneas para prevenir delitos que puedan ser cometidos en nombre de la PJ o por cuenta de ella y en su beneficio, medidas generadoras de un peligro organizativo *ex ante* (art. 31 bis.2 a 5); por otro lado, una consecuencia derivada del peligro organizativo que conlleva dicha omisión, a saber, la posterior realización de un delito por parte de un representante, un miembro del órgano de la PJ o un empleado (art. 31 bis.1).

Por su parte, la vertiente valorativa (u ofensividad) de la *infracción* penal de la PJ viene caracterizada por la conexión de riesgo que debe existir entre la omisión y la consecuencia, según el modelo de la teoría de la imputación (estrictamente) objetiva del resultado. Y es que, en efecto, dicha *infracción* penal únicamente existe cuando pueda acreditarse que la comisión de un delito por parte de la persona física en las condiciones definidas en el artículo 31 bis.1 fue precisamente la materialización del riesgo creado con la omisión.

¹³ Vid., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Los elementos subjetivos en la antijuridicidad. Un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español), Valencia, 2021, pp. 58 ss. Son elementos imprescindibles en algunas clases de acciones, en la medida en que no pueden ser definidas sin ellos. No tienen que ser confundidos con el dolo (pp. 122 ss.).

¹⁴ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, Los elementos subjetivos, 2021, pp. 80 ss.

Evidentemente, la secuencia de la estructura dogmática de la infracción penal de la PJ se fundamenta en el orden lógico en el que deben aparecer sus categorías o elementos integrantes, del mismo modo que sucede en la teoría jurídica del delito.

Es cierto que, si en la realidad criminológica no se ha cometido un delito por parte de algún directivo o empleado de la PJ, no es posible ya iniciar un procedimiento penal contra ella, en virtud de lo cual no es incorrecto afirmar que, desde esta perspectiva, el delito de la persona física constituye también un presupuesto de la responsabilidad penal de la PJ. Ahora bien, una vez que se ha acreditado la comisión de un delito en nombre de la PJ y en su beneficio, lo primero que hay que examinar desde la perspectiva lógico-analítica de la infracción es si ese delito fue consecuencia del riesgo creado por el incumplimiento de las medidas idóneas de prevención de delitos que la PJ debería haber implementado. En otras palabras, la responsabilidad penal de la PJ solo existirá cuando se pueda demostrar una conexión de riesgo entre el incumplimiento de las medidas de prevención (presupuesto lógico y cronológicamente anterior) y el delito cometido por la persona física¹⁵.

III. EL PARALELISMO CON EL DELITO DEL ARTÍCULO 286.SEIS DEL PROYECTO DE 2013

Configurada la estructura típica de la *infracción penal* de la PJ del modo que acabo de exponer, se puede comprobar entonces el paralelismo con la estructura del *delito* que se contenía en el artículo 286.seis del Proyecto de reforma del CP de 2013¹⁶, un paralelismo que se acentúa si se repara en que en el párrafo segundo del apartado 1 del precepto se incluía una remisión explícita a los apartados 2 y 3 del artículo 31 bis (que el Proyecto de 2013 también pretendía reformar), merced a la cual se especificaban las medidas de vigilancia y

¹⁵ A la vista de tales consideraciones se comprenderá que la estructura que propone FEJOO (El delito corporativo, 2015, pp. 80 s.), cuando alude a las partes integrantes de lo que él denomina delito corporativo («delito corporativo=conducta antijurídica persona física+defecto estructural»), es adecuada si va referida a la primera de las perspectivas que menciono, más no lo es si va referida a la segunda de ellas.

¹⁶ En el párrafo primero del apartado 1 del precepto se castigaba al «representante legal o administrador de hecho o de derecho de cualquier persona jurídica o empresa, organización o entidad que carezca de personalidad jurídica que omita la adopción de las medidas de vigilancia o control que resultan para evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito, cuando se dé inicio a la ejecución de una de esas conductas ilícitas que habría sido evitada o, al menos, seriamente dificultada, si se hubiera empleado la diligencia debida».

control que debían resultar exigibles para evitar la realización de conductas ilícitas por parte de los empleados¹⁷.

Con independencia de la crítica que merecía la técnica empleada para describir este delito¹⁸, lo que me interesa resaltar, a los efectos aquí perseguidos, es que se componía también de dos elementos, que, expuestos de forma abreviada, eran: 1) un presupuesto, integrado por el incumplimiento por parte de representantes o administradores de medidas idóneas para la prevención de delitos; 2) el posterior inicio de la ejecución de alguno de esos delitos que podría haber sido evitado si se hubiesen adoptado las referidas medidas¹⁹.

Dicho detalladamente, el tipo consistía en no adoptar las medidas de vigilancia o control que le resultan exigibles al representante legal o al administrador de hecho o de derecho de cualquier persona jurídica o empresa, organización o entidad que carezca de personalidad jurídica, para evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito²⁰, cuando se dé inicio a la ejecución de una de esas conductas ilícitas que habría sido evitada o, al menos, seriamente dificultada, si se hubiera empleado la diligencia debida.

La conducta quedaba definida, pues, ante todo, como un no hacer (no adoptar las medidas que se indican en el precepto). Era, pues, un delito de omisión, pero no un delito de omisión pura o simple, puesto que, además de un no hacer, el tipo exigía un resultado (la iniciación de la ejecución de un delito

¹⁷ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, *Libertas*, 3/2015, pp. 78 ss. y vid. también mi *Derecho penal económico y de la empresa (Parte general)*, 6.ª ed., Valencia 2022, pp. 720 ss.

En el párrafo 2.º del apartado 1 del artículo 286.seis se indicaba: «Dentro de estas medidas de vigilancia y control se incluye la contratación, selección cuidadosa y responsable, y vigilancia del personal de inspección y control y, en general, las expresadas en los apartados 2 y 3 del artículo 31 bis».

Por lo demás, repárese en que la reforma del CP que, a la postre, se llevó a cabo en el ámbito de la responsabilidad penal de las PJ en el año 2015 aparecía vinculada en su génesis a la creación de un nuevo delito aplicable a los órganos de dirección de las empresas por la omisión de medidas organizativas en el seno de la PJ.

¹⁸ La doctrina ha coincidido en afirmar que dicho precepto no puede ser tomado como modelo para una futura regulación, puesto que se trataba de una norma muy deficiente, merecedora de crítica por diferentes motivos. Vid. ampliamente DE VICENTE REMESAL, *RP*, 34/2014, pp. 197 ss., MARTÍNEZ-BUJÁN, *Libertas*, 3/2015, pp. 56 ss., GÓMEZ TOMILLO, *Compliance penal y política legislativa. El deber personal y empresarial de evitar la comisión de ilícitos penales en el seno de las personas jurídicas*, Valencia 2016, pp. 63 ss. y 99 ss.

¹⁹ Vid., sin embargo, rechazando la interpretación de la responsabilidad penal de las PJ en la línea del art. 286 seis del Proyecto de 2013, GÓMEZ CASALTA, *Comentario al Auto del Juzgado Central de Instrucción n.º 6 de la Audiencia Nacional sobre el «Caso Tándem»: consideraciones sobre el modelo dogmático de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en *LLCP 7/2021*, epígrafe 2.

²⁰ Si bien, *prima facie*, pudiera parecer que el resultado venía caracterizado de forma alternativa como la realización de «conductas peligrosas tipificadas como delito» y como una mera «infracción de deberes» (que no fuesen constitutivas de delito), lo cierto es que tanto una interpretación sistemática como una teleológica (así como el respeto al principio de proporcionalidad) conducían, a mi juicio, a entender que la «infracción de deberes» tenía que ir referida también a conductas que estuviesen «tipificadas como delito». Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, *Libertas*, 3/2015, pp. 86 ss.

por parte de un subordinado o empleado de la entidad empresa) que debe ser consecuencia de la no adopción de las medidas exigibles²¹.

Repárese, en fin, en que el tipo del artículo 286 seis definía explícitamente lo que, a mi juicio, debe requerirse también en la infracción penal de la PJ merced a una reducción teleológica, esto es, la conexión de riesgo entre el resultado y la omisión. En efecto, de un lado, el tipo exigía la idoneidad o aptitud de la omisión de las medidas de vigilancia para propiciar la comisión de futuras infracciones por parte de los subordinados (dichas medidas eran únicamente aquellas «que resultan exigibles para *evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito*»); de otro lado, se exigía la efectiva causación de un resultado, que consistía en el inicio de la ejecución de una conducta delictiva por parte de un empleado de la empresa y que únicamente podía imputarse a la omisión del directivo cuando se hubiese acreditado que dicha conducta delictiva «habría sido evitada (o, al menos, seriamente dificultada) si se hubiera empleado la diligencia debida»²².

IV. LA CONVENIENCIA DE CREAR UN DELITO DE PELIGRO Y SU COMPATIBILIDAD CON LA INFRACCIÓN PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

A la vista de las consideraciones anteriores, baste con dejar constancia de la conveniencia de tipificar un delito de características parecidas (eso sí, con una técnica correcta) a las que ofrecía el mencionado art. 286 seis del Proyecto de 2013, en línea que sugerí en su momento, sin perjuicio de considerar otras valiosas propuestas formuladas en la doctrina.

Expuesto de modo resumido, en lo que concierne a la doctrina alemana cabe destacar ya la propuesta ideada por Schünemann, consistente en la creación de un *delito de peligro abstracto-concreto*, caracterizado por el dato de que la imprudencia del órgano directivo obligado a la vigilancia se conecte normativamente (según la teoría del incremento del riesgo) con la infracción cometida por el subordinado, la cual dejaría de ser, por tanto, una mera condición objetiva de punibilidad para pasar a ser un resultado (de aptitud para la producción de un daño) de peligro que debe ser imputado al comportamiento²³.

²¹ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, *Libertas*, 3/2015, pp. 80 ss.

²² Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, *Libertas*, 3/2015, pp. 79 s. y 81 ss.

²³ Vid. SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Köln, 1979, pp.219 ss., y *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de la empresa*, en ADPCP, 1988, pp.550 s.

En lo que atañe a la doctrina española, cabe señalar que ya con anterioridad al Proyecto de 2013 se habían formulado propuestas de *lege ferenda* dirigidas a sancionar penalmente las infracciones de deberes de control de los directivos de las empresas. Entre las más acabadas merece ser destacada la de Paredes²⁴, quien, sobre la base de admitir que es posible asignar un determinado ámbito de responsabilidad a las personas en función de la posición que ocupan en el tráfico jurídico, y de que, consecuentemente, es factible atribuir una responsabilidad penal al directivo de la empresa por hechos delictivos que, si bien no han sido causados por él, se encuentran dentro de su ámbito de responsabilidad, había señalado dos vías: la primera, crear una figura típica de favorecimiento, en la línea trazada por Schünemann; la segunda, crear un delito de omisión pura de garante.

En punto a la primera, se trataría de castigar al sujeto que, sin llegar a ser incluido dentro del ámbito de la cooperación (sea por razones objetivas, ante la ausencia de previsibilidad de un concreto hecho principal lesivo, sea por razones subjetivas, debido a la falta de dolo del favorecedor con respecto a dicho hecho), configure de modo inadecuado su esfera de responsabilidad, de manera que ello facilite las actuaciones delictivas de terceros (trátese de terceros en general sin restricciones, o, preferiblemente, trátese de determinados terceros, como pueden ser subordinados del favorecedor o integrantes de una determinada unidad organizativa). La razón residiría en la frecuencia con la que en el marco de organizaciones complejas, como es una empresa, un departamento esté mal organizado por la persona que ha diseñado su organización, y que ello favorezca la realización de delitos, sin que, a la hora de determinar la responsabilidad criminal, sea factible recurrir a la autoría o la participación para castigar al directivo. En definitiva, lo que viene a proponer Paredes en esta primera vía (en una línea análoga a la ofrecida por Schünemann) es la creación de una figura delictiva de peligro abstracto de aptitud, en la que la aptitud lesiva no iría referida, obviamente, a una acción lesiva del propio autor, sino de un tercero.

El precepto redactado por este autor decía: «Será castigado como cómplice (o, en su caso, como autor de una infracción administrativa) el que, a través de una conducta imprudente vulneradora del deber de vigilancia que le incumbe en el seno de una empresa, conforme con el § 13 StGB (o, en su caso, conforme al § 8 OWiG), facilite o haga posible la ejecución de un hecho delictivo (o, en su caso, una contravención), de una manera tal que además posea aptitud para propiciar la comisión de ulteriores delitos (o, en su caso, contravenciones)».

²⁴ PAREDES CASTAÑÓN, La responsabilidad penal por productos defectuosos: problemática político-criminal y reflexiones *de lege ferenda*, en M. Corcoy (dir.) Derecho penal de la empresa, Universidad Pública de Navarra, 2002, pp. 418 ss.

En lo que se refiere a la segunda vía, se trataría de crear un delito de omisión propia agravado con relación a la omisión pura básica, en atención a la especial función de control asignada al directivo u órgano de control, que lo convierte en garante del bien jurídico. Esta opción resultaría particularmente indicada para casos en que no se produjera un resultado lesivo, y daría lugar en todo caso a una responsabilidad de mayor gravedad en el directivo (que infringe un especial deber de supervisión) que la que cabría exigir al empleado; incluso podría llegar a destipificar la omisión del subordinado, si las conveniencias político-criminales así lo recomendasen. Esta propuesta presupone restringir de forma muy concreta el círculo de personas obligadas, como sucede en otras legislaciones en el caso de determinados deberes de información a las administraciones públicas para el director técnico o ciertos deberes de información a los consumidores para el director comercial o de publicidad²⁵.

A mi juicio, y partiendo de la base de que el delito que se proyectaba crear en 2013 resultaba criticable por diversos motivos, las líneas esenciales del nuevo delito tendrían que ser las siguientes²⁶:

1) Para pergeñar un delito que resulte legítimo desde la perspectiva del principio de lesividad, habría que exigir explícitamente la idoneidad o aptitud de la omisión de las medidas de vigilancia para propiciar la comisión de futuros delitos (y no de meras infracciones administrativas) por parte de los subordinados, como consecuencia de una carencia organizativa general que es atribuible al directivo que la ha diseñado. Así, el peligro de realización de tales infracciones delictivas por parte de los empleados sería una cualidad que se predica de la omisión y que, por tanto, tendría que ser abarcado por el dolo del directivo, en la línea mantenida por un sector minoritario de la doctrina alemana y, singularmente, en la línea contenida en la propuesta de Schünemann.

2) Sentado lo anterior, no serían imprescindibles más requisitos, si bien no cabe duda de que dotaría de mayor lesividad a esta conducta la ulterior exigencia del efectivo inicio de la ejecución de una de esas conductas delictivas por parte de un empleado concreto, según se proponía en el Proyecto de 2013 y según se prevé en la infracción penal propia de las PJ²⁷. De optar por

²⁵ Haciéndose eco de las propuestas de PAREDES, vid. DEMETRIO CRESPO, Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados, en Serrano-Piedecasas/Demetrio (dir.) Cuestiones actuales de Derecho penal económico, Madrid 2008, p. 74; DE VICENTE REMESAL, RP, 34/2014, pp. 199 s.

²⁶ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, Libertas, 3/2015, pp. 104 ss., donde se exponen estas líneas con mayor amplitud. Vid. además DE VICENTE REMESAL, RP, 34/2014, p. 200.

²⁷ Recuérdese al respecto que en el caso de los artículos 316 y 317 los tribunales aplican en la práctica este delito de peligro concreto en los supuestos en los que ya se ha producido la lesión.

agregar esta exigencia, debería ser entendida como un genuino elemento típico añadido que no pertenece a la omisión en sí misma considerada, dado que se trata de un suceso posterior, separable espacial y temporalmente de la omisión, que, eso sí, debe ser consecuencia de la omisión e imputable objetivamente a ella a través de una conexión de riesgo, y no ser caracterizado, pues, como una mera condición objetiva de punibilidad.

3) Una conducta así configurada debería ser castigada penalmente solo en los casos en que fuese realizada con dolo, puesto que se trata de un dolo de peligro, que además admite la figura del dolo eventual.

4) La figura delictiva debería poseer un alcance general en el sentido de que no ha de existir limitación en el ámbito de los delitos que deberían ser impedidos o dificultados con las medidas de vigilancia del directivo, sin perjuicio de que pudiesen ser creadas además otras figuras delictivas circunscritas a determinadas familias delictivas con el fin de adaptarse a las posibles peculiaridades de estas, como, v. gr., en el caso de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. La única limitación deberá provenir de la conexión de riesgo necesaria para acreditar la imputación objetiva, desde el momento en que no podrán ser incluidos en el ámbito de protección de la norma aquellos delitos realizados por el subordinado que no constituyan la materialización del riesgo creado con la omisión de la adopción de las medidas de vigilancia y control por parte del directivo. Y en el caso de que se optase por tipificar un delito de peligro abstracto de aptitud, cabe decir *mutatis mutandis* lo mismo: bastará con que se acredite *ex ante* un peligro para algún bien jurídico que pudiese ser incardinado en el fin de protección de la norma, o sea, que pudiese ser conectado normativamente a la omisión de las medidas de vigilancias exigibles.

En fin, a lo que indiqué en mis trabajos anteriores, baste con añadir que la creación de un delito de tales características me parece imprescindible singularmente en el caso de que el déficit organizativo de la PJ que da lugar al estado actual de cosas favorecedor de delitos provenga exclusivamente de la actuación de los órganos directivos que *en ese momento* administraban el ente. Ello sucederá normalmente en PJ de pequeñas dimensiones en el seno de las cuales pudiera atribuirse exclusivamente a uno o varios individuos las conductas que dieron lugar a la comisión de delitos en nombre y en beneficio de la PJ²⁸.

²⁸ Sin embargo, el CP considera irrelevante el tamaño y la complejidad de la empresa en lo que se refiere a la elaboración del programa de cumplimiento. El único trato diferenciado es el que se recoge en el apartado 3 del artículo 31 bis.

Es más, comparto la idea de que en este caso (en el que, en rigor, no cabe hablar de una responsabilidad penal de la PJ diferenciada de la responsabilidad de las personas físicas que la integran) debería decaer la necesidad político-criminal de hacer penalmente responsable a la PJ y debería ser suficiente con la responsabilidad penal de las mencionadas personas físicas²⁹.

Por tanto, el nuevo delito genérico vendría a colmar plenamente las exigencias preventivas en este ámbito, al ser compatible con los posibles delitos específicos que se hubiesen podido realizar en el seno de la empresa y que pudiesen ser atribuidos individualmente a todos o algunos de los órganos directivos³⁰.

En nuestra doctrina se ha llegado incluso a afirmar que la creación de un delito de estas características podría suplir en todo caso la previsión de una responsabilidad penal de las propias PJ. En este sentido hay que destacar la propuesta de Robles, relativa a sustituir la responsabilidad penal de las PJ por una vía similar a la que introducía el artículo 286 seis, a saber, «el establecimiento de deberes (eventualmente penales) sobre las personas físicas que tienen *competencias organizativas* en la empresa, esto es, los administradores, para que adopten medidas estructurales adecuadas a la prevención de delitos»³¹.

Considerando atendible esta propuesta, yo simplemente matizaría que la introducción del delito destinado a castigar a las personas físicas no es incompatible con el mantenimiento de una responsabilidad penal de las PJ (dejando tal vez al margen el citado caso de las PJ de pequeñas dimensiones), concebida en los términos que esboqué anteriormente, como una responsabilidad *estructural* que recae sobre el conjunto empresarial³² en el supuesto en que el delito efectivamente cometido por un integrante fuese la materialización del riesgo generado

²⁹ Vid. en este sentido CIGÜELA SOLA, *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal*, Madrid, 2015, p. 337. Sin embargo, FEIJOO (*El delito corporativo*, 2015, p. 70) –eso sí, partiendo de la actual regulación del CP español que reconoce la responsabilidad penal *de toda clase* de PJ– considera que, en lo que atañe al cumplimiento normativo de la organización, es suficiente con la responsabilidad propia de la PJ, por lo que, a su juicio, fue correcta la renuncia final del legislador de 2015 a introducir el delito del artículo 286 seis.

³⁰ Con razón ha podido afirmar CIGÜELA (*La culpabilidad colectiva*, 2015, p. 377) que «el *compliance* constituye un deber jurídico reforzado para los administradores, cuyo incumplimiento podría generar, delito individual mediante, responsabilidad tanto para sí mismos, cuando hayan incumplido los deberes específicos que tienen encomendados, como también para la propia empresa, cuando el incumplimiento sea expresión de un defecto estructural general».

³¹ Vid. ROBLES PLANAS, *Volver a empezar: las personas jurídicas y el Derecho penal*, en LH Queralt, Barcelona 2021, p. 339, y vid. ya anteriormente, El «hecho propio» de las personas jurídicas y el informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código penal de 2008, *In-Dret* 2/2009, p. 9.

³² Sobre esta diferenciación en la responsabilidad penal de las PJ atendiendo a la posible (o imposible) individualización de los directivos causantes del déficit organizativo peligroso, vid. CIGÜELA, *La culpabilidad colectiva*, 2015, pp. 336 s., partiendo de la base de interpretar el art. 31 bis desde el paradigma de la responsabilidad estructural que integra y combina recíprocamente los modelos de la autorresponsabilidad y la heteroresponsabilidad (estructura colectiva y acción individual)

por un déficit organizativo del ente y debido a una actuación conjunta de miembros actuales y pasados, con respecto a la cual no resultase factible imputar dicho delito a las conductas de unos directivos determinados e identificados.

Comparto además la idea de que la infracción penal de las PJ presupone reconocer que estas poseen una identidad propia (tanto más acentuada cuanto mayor sea su complejidad) que se va forjando sucesivamente a lo largo del tiempo merced a una interacción de factores y de decisiones que adoptan diversas personas físicas en un contexto institucional³³. Desde la perspectiva de la concepción significativa no hay inconveniente alguno en admitir que la PJ es un fenómeno estructural que realiza comportamientos (eso sí, no identificables con las acciones humanas) que poseen un sentido autónomo. Unos comportamientos, en suma, que son independientes de las acciones que realizan las personas físicas que integran la PJ y que pueden llegar a consistir en infracciones (no solo civiles y administrativas) penales.

Desde esta perspectiva, no hay obstáculo, en fin, para afirmar que la PJ responde entonces, por un *hecho propio*, por más que se trate de una responsabilidad de características y criterios diferentes a los exigidos para las personas físicas³⁴.

³³ En este sentido vid. FELJOO, El delito corporativo, 2015, pp. 67 ss., quien, por lo demás, admite que quepa calificar la identidad propia de la PJ como una entidad débil o mínima (p. 69).

³⁴ Cfr. FELJOO, El delito corporativo, 2015, p. 76, quien descarta, con razón, que se trate de una «responsabilidad por el carácter», una «responsabilidad por la conducción empresarial a lo largo del tiempo», u otras expresiones semejantes que se han propuesto en la doctrina.

CAPÍTULO LXXVII

LA CIBERCAPTACIÓN DE VÍCTIMAS DE TRATA DE PERSONAS

SILVIA MARTÍNEZ CANTÓN

Doctora en Derecho. Magistrada, León. Profesora de la UNIR

I. EL IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS SOBRE EL DELITO DE TRATA

El Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños (Protocolo de Palermo) ofrece una definición sobre la trata de personas en el que se basa la comunidad jurídica cuando aborda esta materia. En su contexto, la captación, considerada una de las modalidades de acción se refiere a la acción de reclutar, personas, utilizando los medios de fuerza, engaño u otras formas de coerción, con el propósito de explotarlas posteriormente. Adicionalmente pretende proteger y asistir a las víctimas de este delito, lo cual exige el conocimiento de la comisión del delito, la identificación de la víctima y recabar las pruebas necesarias para procurar la condena de los autores.

El avance tecnológico ha transformado radicalmente la forma en que las personas se comunican y conectan en todo el mundo. Sin embargo, esta revolución digital también ha dado lugar a nuevas oportunidades para la explotación de seres humanos. La trata de personas ha evolucionado, se ha adaptado a la era digital y ha migrado gran parte de su operativa, utilizando Internet como una herramienta poderosa para la captación de víctimas, la obtención del beneficio asociado a la explotación y la ocultación de la comisión del delito. La llegada de Internet y las redes sociales ha proporcionado a los traficantes de personas una plataforma global para la captación de víctimas superando fronteras.

El impacto de internet ha provocado un cambio radical en la comisión del delito de trata. Por una parte, Internet permite a los traficantes de personas coordinar el transporte de víctimas a través de fronteras internacionales, lo que facilita la trata transnacional. Los autores trabajan en redes encubiertas gracias al anonimato que ofrece la web llegando incluso a cooperar sin conocerse en absoluto. Los anuncios en línea, especialmente en sitios de clasificados y redes sociales, se utilizan para ofrecer servicios sexuales o de trabajo atractivos que ocultan la explotación subyacente, logrando así una explotación más eficiente y rentable, sobrepasando las fronteras: se comercializan sesiones en *live streaming* de personas sometidas a explotación o se venden vídeos previamente grabados donde hay una apariencia de participación voluntaria; plataformas de la *dark web* con un alto nivel de encriptación se utilizan para la compra y venta de personas ya sometidas a trata, lo que hace que la comisión delictiva sea aún más opaca y difícil de rastrear.

También las nuevas tecnologías facilitan la coacción a la víctima haciendo innecesario recurrir a la fuerza. Mediante los dispositivos móviles que se entregan a la víctima se puede controlar su ubicación. Mediante una foto de su familia de la que se desconoce en qué momento se tomó, se puede chantajear para que obedezca bajo la amenaza de hacerles daño, dando la imagen de que su familia es totalmente accesible y está desprotegida. Otra de las formas es la grabación de vídeos íntimos de la víctima bajo la amenaza de publicarlos o remitirlos a sus familiares, lo que permite un alto control de la víctima sin ni tan siquiera extraerla de su entorno habitual o sin tener contacto personal con ella.

Adicionalmente, estas organizaciones utilizan redes anónimas y tecnología de cifrado para dificultar su propia identificación y para hacer desaparecer cualquier rastro de la víctima sustraída de su entorno, lo que impide determinar el lugar donde tiene lugar la comisión del delito. Habitualmente únicamente se conoce el lugar de la desaparición, pero no se tiene la certeza de si se trata de una captación o de si se trata de una desaparición voluntaria, lo que dificulta enormemente la búsqueda de las víctimas. A esto se añade la difícil trazabilidad de las redes sociales u otros canales de comunicación que únicamente se utilizan a través del móvil y que la víctima se lleva consigo.

Todo este sistema de trata de personas a través de las nuevas tecnologías es lo que se ha convenido en llamar «*technology-facilitated trafficking*» («trata de personas facilitada por la tecnología») ¹, refiriéndose así a cualquier delito

¹ Puede verse esta denominación en el informe emitido por el GRETA, 2022, Online and technology-facilitated trafficking in human beings [<https://rm.coe.int/online-and-technology-facilitated-trafficking-in-human-beings-summary-/1680a5e10c>; última consulta: 15/9/2023].

de trata para el cual se utilizan tecnologías digitales durante la comisión de cualquiera de los elementos del delito previsto en el Protocolo de Palermo o en cualquiera de sus extensiones previstas en las diversas normativas nacionales.

El estudio de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) respecto al impacto de la crisis sanitaria llega a la conclusión de que la pandemia de COVID-19 ha supuesto una aceleración de dicha adaptación de los grupos organizados dedicados a la trata de personas. Así, no sólo se ha generado un entorno más desafiante para la identificación de casos de tráfico de personas, sino que se ha obstaculizado aún más la posibilidad de que las víctimas accedan a la asistencia necesaria. Durante los períodos de confinamiento, los traficantes se han visto impedidos de emplear sus métodos convencionales de captación, que típicamente involucran un contacto personal y directo. En su lugar, han recurrido al empleo de herramientas en línea como medio de llevar a cabo sus operaciones de captación, o lo que aquí vengo a llamar como término abreviado «cibercaptación».

II. MÉTODOS DE CIBERCAPTACIÓN

La asociación Polaris de lucha contra la trata de personas, que recoge las estadísticas más precisas de Estados Unidos, indicó que desde 2020 la captación de víctimas por Internet aumentó un 22% y que fue el entorno principal de captación durante los confinamientos con motivo del COVID-19, señalando las aplicaciones de Facebook e Instagram como aquellas que mayor utilidad han prestado a estos propósitos². Únicamente como apunte, aunque ya en su día Ospina Serrano³ lanzaba un aviso sobre el traslado de la criminalidad al metaverso, y aunque ésta pudiera ser una vía de captación útil y de difícil persecución a día de hoy, lo cierto es que no existe dato alguno que indique que en este ámbito se haya detectado actividad alguna de captación.

La traslación al medio cibernético de la captación de las víctimas de trata ha supuesto una mayor sofisticación. Los traficantes utilizan sitios web de empleo, redes sociales, plataformas de videochat y streaming y aplicaciones de citas para identificar y contactar a posibles víctimas. Fingiendo ser amigos, parejas o empleadores, ganan la confianza de las personas vulnerables y las atraen hacia situaciones de explotación. La actividad de captación que antes

² <https://polarisproject.org/2020-us-national-human-trafficking-hotline-statistics/>; última consulta: 15/9/2023.

³ OSPINA SERRANO, Delitos en el metaverso, *Law&Trends*, 10/2/2022 [<https://www.lawandtrends.com/noticias/penal/delitos-en-el-metaverso-1.html>]; última consulta: 15/9/2022]

exigía dedicación a una única víctima, ahora se acelera a través de internet permitiendo al captador relacionarse simultáneamente con diversas víctimas potenciales. La naturaleza global de Internet hace que sea difícil determinar cuándo tras un anuncio aparentemente inocuo se oculta una situación de captación con el fin de perseguir a los integrantes de dicha red y proteger a las víctimas. Aun así, estos nuevos métodos de captación desarrollados en la red sí permiten una clasificación a través de sus características concretas, estableciendo así dos formas de captación en la red que son idénticas en muchos otros delitos cometidos en la red: la búsqueda («*hunting*») y la pesca («*fishing*»).

1. Búsqueda-hunting

La búsqueda-hunting consiste en el desarrollo activo de una captación a través de internet. Este método suele emplearse fundamentalmente para la búsqueda de víctimas para la explotación sexual, donde la apariencia y la edad juegan un papel muy relevante y, por ese motivo, el captador realiza una preselección antes de dar el siguiente paso. Este método tiene tres etapas: localización, contacto y la captación en sí misma.

La localización conlleva una indagación y observación de perfiles en abierto de posibles víctimas que reúnan las características tanto de captación como de adecuación a los fines de trata. Ciertamente estos fines dependen de lo que la organización prioriza en cada caso, pero las características de la captación mediante técnicas de hunting se basan en dos elementos comunes en todo caso: alta exposición en redes y vulnerabilidad detectable. Si bien estas características pueden encontrarse en todo tipo de potenciales víctimas, lo cierto es que suelen preponderar en mujeres y menores de edad.

Estas víctimas potenciales exponen gran parte de su vida en redes sociales en abierto, mostrando, no sólo su físico, que puede ser uno de los motivos de la captación, sino también elementos que nutren de información a su captador y, fundamentalmente, su ubicación. De esta forma, el captador ya no tiene que trasladarse a un barrio concreto en busca de las personas a las que captar o realizar la captación en su entorno⁴, sino que puede realizarlo desde la comodidad de una silla y en total anonimato accediendo a todos los detalles personales de la persona observada. Si bien antes el estatus socioeconómico era el factor principal para la captación porque requería una alta inversión de

⁴ MAPELLI CAFARENA, La trata de personas, ADPCP, LXV, 2012, 27, hacía expresa referencia a estas formas personales y directas de captación.

tiempo el acceder a detalles personales, ahora estos detalles se adquieren a golpe de click sin necesidad de interactuar con la potencial víctima. A esto suele añadirse que, junto a una alta exhibición del perfil, se añaden mensajes en los estados del perfil que permiten al captador conocer cuál es la circunstancia concreta por la cual la potencial víctima muestra su debilidad. Tras un estudio detenido de la víctima, el captador ya tiene datos de carácter suficientemente sensible: aspecto, carácter, ubicación, relaciones familiares, relaciones sociales, con quién convive y, especialmente, qué tipo de problemas le preocupan o cuáles son sus inseguridades o sentimientos actuales –soledad, desamor, miedo, dependencia, etc.– y, por tanto, a través de qué debilidad es accesible. Ya tiene localizada a su potencial víctima y puede dar el siguiente paso.

La comunicación comienza siempre desde un perfil falso que recrea una identidad ficticia suficientemente elaborada como para generar una apariencia de realidad y con una edad adecuada para el tipo de víctimas que pretende atraer. Este acercamiento comienza con una mera apariencia casual: un «like» o un comentario en alguna foto en abierto o una solicitud de amistad a la espera de que la potencial víctima responda para comenzar una interacción. Si ante ese primer estímulo no responde, se suelen ir dejando otros con una asiduidad moderada, pero con el ánimo de mostrar interés en dicho perfil, hasta que se logra ese primer contacto o respuesta de la potencial víctima. Esta respuesta también puede buscarse a través de otras plataformas donde la víctima no está tan expuesta, pero interactúa necesariamente con otros usuarios, usando ese espacio para la captación, fundamentalmente en este caso de menores de edad, siendo los principales los espacios de: *Minecraft*, *Free Fire* y *Fornite*⁵. A partir de ahí el captador se dedica a ganarse la confianza de la víctima explotando sus debilidades gracias al conocimiento adquirido de la personalidad de la víctima, adaptando el captador su comportamiento al que ella espera a la vista del contenido que la propia víctima ha subido a redes, manipulando su voluntad, convenciéndola de que puede ofrecerle una salida a sus problemas y obteniendo más información o imágenes comprometedoras.

Por último, se llega a la etapa de la captación *stricto sensu*, que es el momento en el que se convence a la víctima para que, bajo esa confianza en su captador, se desplace al lugar donde la organización podrá hacerse con ella por la fuerza, o bien se procede a extorsionarla utilizando algún material sensible que la propia víctima ha remitido sobre la base de la confianza que había desarrollado en la fase anterior.

⁵ 3er Reporte: trata de personas, desafío global y virtual del Consejo Ciudadano para la Seguridad y Justicia de la Ciudad de México, p. 60 [<https://consejociudadanomx.org/media/pdf/9/3ER%20REPORTE%20TRATA.pdf>; última consulta: 15/9/2023].

2. Pesca-fishing

Si la caza implica un esfuerzo de captación, la pesca tiene un carácter pasivo donde la propia víctima pica el anzuelo. En este caso consiste en dejar anuncios mediante bots que actúan como cebo para que la víctima incauta sea la que adopte la iniciativa de contactar al captador. La ventaja para la organización de trata es que la inversión de tiempo es muy inferior porque implica una predisposición de la víctima a caer en el engaño. La desventaja para la organización es que no puede realizar siempre una selección de la tipología de víctima, sin embargo, el tipo de anuncio utilizado para la captación suele servir también como filtro para dicha pesca.

Una de las formas de pescar se realiza lanzando anuncios de trabajo en los que a la víctima se le ofrecen contratos con características muy ventajosas⁶: un alto salario sin necesidad de formación previa, un trabajo que implique viajes a diversos países o relaciones con personas famosas, o flexibilidad total de horarios, requiriendo para ello «mente abierta» o «buena disposición»⁷. Este tipo de anuncios pueden ir dirigidos tanto a la captación de víctimas para la explotación laboral como para la explotación sexual. Generalmente son lanzados por redes que utilizan ambas formas de explotación y que, por tanto, no realizan filtrado de víctimas potenciales.

El anzuelo también puede ser sentimental a través de aplicaciones para conseguir pareja seguido de un viaje para conocerse, el cual se utiliza fundamentalmente para la captación para redes de explotación sexual. Este es el método conocido como «lover boy». El método se desarrolla fundamentalmente a través de alguna red de búsqueda de pareja o de citas. Cada una de ellas tiene sus propias características, así, Tinder facilita la base para que dos desconocidos tengan citas, Blendr expone la ubicación del usuario, Bumble exige una interacción mínima cada 24 horas para mantener el contacto, por lo que, sea con la plataforma que sea, la víctima expone datos relevantes de su vida o siente la exigencia de interactuar con la persona facilitada por la aplicación. Así, se inicia un contacto continuo por parte del captador, mostrando un alto grado de atención hacia la víctima y un deseo de tener una relación seria, reflejando aquellas características que la víctima busca en una pareja, mostrando un alto grado de afectuosidad en un estadio muy temprana-

⁶ JUÁREZ, Ofertas de trabajo falsas, la principal forma de captación para la trata de personas, *El Economista*, 24 de agosto de 2022 [<https://www.economista.com.mx/capitalhumano/Ofertas-de-trabajo-falsas-la-principal-forma-de-captacion-para-la-trata-de-personas-20220821-0008.html>; última consulta: 15/9/2023].

⁷ 3er Reporte: trata de personas, desafío global y virtual del Consejo Ciudadano para la Seguridad y Justicia de la Ciudad de México, pág. 49 [<https://consejociudadanomx.org/media/pdf/9/3ER%20REPORTE%20TRATA.pdf>; última consulta: 15/9/2023].

no del trato –incluso antes de conocerse en persona– y generando un alto grado de dependencia afectiva y emocional en la víctima. La víctima suele ser una mujer joven y con altas necesidades afectivas. El agresor en algunas ocasiones se trata en realidad de una persona también sometida a trata con el objetivo de captar nuevas víctimas⁸. Una vez logrado el nivel de dependencia buscado, se propone, ya sea un contacto personal en el lugar donde reside la víctima, ya sea un viaje transfronterizo al país en el que presuntamente reside el *lover boy* para el encuentro entre ellos. Ese viaje se vende como la promesa del comienzo de una vida en común para ambos y el comienzo de un cuento de hadas en pareja. Una vez la víctima decide realizar ese viaje, esta entra en el ámbito de control de la organización criminal⁹.

III. LA DERIVACIÓN A OTRO CANAL

Una de las características comunes de todos los tipos de cibercaptación es conseguir rápidamente la derivación de la víctima hacia otro canal de comunicación distinto fuera de la plataforma donde se ha iniciado el contacto. Así, en los anuncios de trabajo se ofrece realizar una videoentrevista, o en los contactos por aplicaciones de citas o redes sociales se solicita pasar a chat privado y encriptado como Whatsapp o Telegram que, además, no registran las conversaciones en sus servidores y permiten el envío de mensajes temporales y que pueden borrarse, eliminando así rápidamente toda traza de los contactos con la víctima. Además, hay aplicaciones como Kik que no requieren registrar el usuario asociado a un número de teléfono, dificultando aún más el rastreo. Omegle y Chatroulette funcionan como redes sociales que permiten realizar videollamadas de forma anónima, sin registro. Cuanto más desconocida sea la aplicación, más trabas se lograrán en el rastreo de la víctima una vez captada. Cuanto menos seguridad ofrezca la aplicación, más posibilidades habrá de lograr más información sobre la víctima a través de ésta, incluso realizando grabaciones sin el conocimiento de la víctima.

Además, el hecho de tener una vía más exclusiva para conversar entre el captador y su víctima transmite una sensación de mayor confianza, lo cual puede propiciar el intercambio de archivos con un mayor nivel de intimidad que posteriormente pueden ser utilizados para el chantaje y control de la víctima.

⁸ Véase en la noticia «Método ‘lover boy’: así se captan menores españolas para la trata», El Mundo, 9 de febrero de 2017 [<https://www.elmundo.es/sociedad/2017/02/09/589c3b2b22601d82438b465a.html>]; última consulta: 15/9/2023].

⁹ Véase este caso en la noticia «El peligroso método ‘Love boy’ para engañar a mujeres a través de redes sociales», Diario de Sevilla, 4 de enero de 2023 [https://www.diariodesevilla.es/sociedad/causa-criminal/lover-boy-prostitucion-mujer-redes-sociales_0_1753925601.html]; última consulta: 15/9/2023].

IV. LA TIPIFICACIÓN DE LA CIBERCAPTACIÓN EN LA TRATA

Ponía de manifiesto Fuentes Cano que «el empleo de entornos digitales como medio para captar y/o explotar víctimas de trata no queda recogido en su definición [refiriéndose a la definición de trata del Protocolo de Palermo] y, por tanto, muy difícilmente conformará parte de los respectivos ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros»¹⁰. Sin embargo, tampoco se desprende del Protocolo una limitación en cuanto a que la captación tenga que ser por medios personales, o tradicionales. Tampoco de las notas interpretativas del mismo se desprende alguna consideración al respecto¹¹. La captación recogida en el artículo 3 del Protocolo mantiene un espectro amplio sin restricciones de medios. Lo mismo sucede con la definición de trata y la referencia a la captación realizada en el artículo 2 de la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas.

Podría resultar más discutible la definición contenida en el artículo 4 del Convenio de Varsovia cuando, en lugar de recoger el término de «captación» enumera una serie de conductas tales como la contratación, el transporte, el traslado, el alojamiento o la acogida de personas, no englobando ninguna de estas conductas el hecho de la captación en sí, la cual podría calificarse de previa a dichas actividades. Desde luego, desde una perspectiva donde se compararan ambos tipos penales, la tipicidad del hecho recogida en el Protocolo de Palermo resulta más amplio y tiene un comienzo anterior al Convenio de Varsovia, ya que el mero hecho de haber convencido a la víctima para la adquisición de un vuelo que la transporte al lugar donde va a ser sometida a trata ya podría calificarse de captación aunque no haya habido aún ni tan siquiera el transporte o traslado.

El artículo 177 bis CP también habla únicamente de la captación sin añadir ningún tipo de requisito a la misma, por lo que, al menos desde la perspectiva de la normativa española, la captación a través de la red de las víctimas de trata está tipificada. Eso sí, nada excluiría que otras regulaciones que hayan optado por una transposición más cercana al Convenio de Varsovia pudieran estar incurriendo en una transposición demasiado restringida o deficiente del Protocolo de trata.

¹⁰ FUENTES CANO, La trata de personas en entornos digitales, Revista Jurídica Valenciana (ISSN-e 1139-5885) 40, 2022, 126.

¹¹ V. Notas interpretativas para los documentos oficiales (travaux préparatoires) de la negociación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos, 2000 [https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/Travaux%20Preparatoires/04-60077_Ebook-s.pdf; última consulta: 15/9/2023].

V. RESPONSABILIDAD DE LAS REDES Y PLATAFORMAS POR LA CAPTACIÓN. LA DETECCIÓN TEMPRANA DE LA CAPTACIÓN

A estas alturas resulta ya evidente que las plataformas en línea actúan como meros proveedores de servicios en internet (PSI) pero que tienen un peso muy importante en la facilitación de la captación cuando –a sabiendas o no– facilitan el uso indebido de su infraestructura y servicios informáticos. En el año 2023 se cursó una querrela contra Meta, como titular de Instagram y Facebook, por no actuar de forma alguna contra las redes de trata que utilizan dichas plataformas para las actividades de captación¹². La base de dicha querrela se fundamenta en que, pese a conocer la existencia de tráfico de datos orientado a la captación de víctimas de trata, no se hizo nada por evitarlo, realizando, por tanto, una promoción y facilitación de la captación para la trata de personas.

A la vista de la regulación ya revisada del Protocolo de Palermo, podría afirmarse que la captación requiere una conducta mínimamente activa, sin que pudiera afirmarse que el servir de vía para la captación mediante la pasividad pudiera considerarse delictivo. Sin embargo, puesto que el Protocolo no resulta sino un instrumento internacional de carácter represivo que requiere una transposición nacional, será necesario esperar para conocer la interpretación que los tribunales estadounidenses realizan de su propia normativa y saber así si dicho fomento pasivo de la captación puede ser punible penalmente. En principio, y a la vista de la actual Earn It Act vigente en este país¹³, todo apunta a que las plataformas mantienen un estatus de irresponsabilidad.

Hasta ahora se había entendido que los PSIs eran meros intermediarios y que como tales no tenían responsabilidad de lo que sucedía en ellos propiciado por los usuarios bajo las reglas de puerto seguro. Así se concibió la Directiva 2000/31, de 8 de junio de 2000, sobre comercio electrónico, la cual exigía a las plataformas la retirada de contenido dañino –no necesariamente penal–¹⁴. A través de esta normativa se otorgaba a las PSIs una cierta inmunidad, en todo caso o bajo circunstancias específicas, frente a demandas de responsabilidad civil por acciones llevadas a cabo por los usuarios. La reclamación civil resultaba totalmente limitada, ya sea porque los contenidos de los usuarios no gene-

¹² Véase noticia online en <https://redmas.com.co/tecnologia/-Demandan-a-Facebook-e-Instagram-por-cerrar-los-ojos-ante-el-trafico-de-personas-20230321-0061.html>; última consulta: 15/9/2023.

¹³ Véase al respecto, BAJARDÍ, Earn It Act' o la tensa relación entre responsabilidad versus exoneración de responsabilidad de las plataformas digitales por el contenido publicado, Do better, 4 de septiembre de 2020 [<https://dobetter.esade.edu/es/earn-it-act-contenidos>]; última consulta: 15/9/2023].

¹⁴ V. con mayor amplitud ARROYO AMAÑUELAS, La responsabilidad de los intermediarios en Internet ¿puertos seguros a prueba de futuro?, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 12, N.º 1, 2020, pp. 808-837.

raban responsabilidad, ya sea porque la responsabilidad únicamente se generaba si, tras recibir una notificación, no actuaban diligentemente para eliminar o bloquear el contenido en cuestión. En consecuencia, este sistema ha relegado la compensación indemnizatoria, enfocando la protección de los distintos derechos afectados en línea principalmente mediante medidas de conducta orientadas a la eliminación o supresión de los contenidos ilícitos.

A estas alturas resulta evidente la necesidad de la colaboración de la industria tecnológica y de los PSIs para la detección de la comisión de actividades delictivas en red y, en concreto, actividades de cibercaptación. Sin embargo, más allá de la colaboración que –no siempre– se obtiene mediante las vías judiciales una vez se está instruyendo la comisión del delito, la responsabilidad penal por facilitación de la captación es totalmente inexistente, por cuanto ya la responsabilidad civil está enormemente limitada. De hecho, desde el prisma de la Unión Europea la responsabilidad de los PSIs se está limitando al estudio de la protección del consumidor¹⁵.

Por ese motivo, las tendencias actuales para luchar contra la captación en la red se fundamentan en la proposición de medidas regulatorias y en la utilización de medidas tecnológicas de detección temprana. La postura tendente a la adopción de medidas regulatorias se recoge esencialmente en el informe de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) titulado Políticas para responder a la trata de seres humanos y las nuevas tecnologías¹⁶ si bien se ha reconocido que se está en un estado de autorregulación de los PSIs muy fragmentado, resultando las medidas que éstos adoptan inadecuadas para luchar contra el fenómeno de la trata.

Otras plataformas se orientan a la detección mediante inteligencia artificial de aquellas situaciones que pudieran resultar una iniciativa de captación debido a la naturaleza del contacto. La plataforma Techagainsttrafficking (<https://techagainsttrafficking.org/>) recoge hasta 300 herramientas de detección implementadas en la red que identifican a base de hashtags frases claves, tipo de contacto, tipo de persona contactada, etc. posibles víctimas de trata.

¹⁵ Véase, como ejemplo, WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, Online Platforms: How to Adapt Regulatory Framework to the Digital Age?, Briefing of the European Parliament, 2017 [[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/607323/IPOL_BRI\(2017\)607323_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/607323/IPOL_BRI(2017)607323_EN.pdf); última consulta: 15/9/2023].

¹⁶ Policy Responses to Technology-Facilitated Trafficking in Human Beings: Analysis of Current Approaches and Considerations for Moving Forward-OSCE, 2022 [<https://www.osce.org/files/f/documents/8/5/512170.pdf>; última consulta 15/9/2023].

CAPÍTULO LXXVIII

COMPLIANCE E BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS-MORE REGULATION IS BETTER REGULATION?

ANABELA MIRANDA RODRÍGUES

Professora Catedrática de Direito Penal da Faculdade de Direito.
Universidade de Coimbra (Portugal)

I. INTRODUÇÃO

A mais atual política de prevenção e luta contra o branqueamento de capitais nutre-se de um arcaboço legal onde sobressai o *compliance*. Neste estudo, procuro mostrar como no setor financeiro e, mais especificamente no âmbito bancário, a efetividade de um modelo de cooperação entre setor privado e setor público em que assenta o *compliance* atravessa uma crise aguda. Terei em atenção o fenómeno de *overcompliance*, que se produz quando o Estado conta com as entidades privadas como *gatekeepers* do sistema, quer como sua *longa manus* de vigilância, na veste de produtoras de inteligência financeira, quer como zelosas organizadoras e cumpridoras de múltiplos deveres preventivos para evitar a prática de ilícitos. Vou analisar até que ponto a sugestão de renovação e reforço do modelo de *compliance* através da partilha de informações público-privada de dupla via na prevenção e luta contra o branqueamento pode contribuir para melhorar a sua efetividade e quais os perigos a ter em conta nesta evolução que se defende.

II. *COMPLIANCE* NA PREVENÇÃO E LUTA CONTRA O BRANQUEAMENTO-EVOLUÇÃO

O quadro de regulação global de prevenção e luta contra o branqueamento foi originariamente concebido de acordo com um modelo¹ em que a responsabilidade pela criação do controlo interno (*compliance*) assentava nos ombros do setor financeiro, que, de forma autónoma, devia estabelecer programas de *compliance* eficazes, integrados por múltiplos deveres de controlo –os deveres de *compliance*–, concebidos «à medida», de acordo com uma abordagem de prevenção de riscos, baseada na identificação, deteção, avaliação e redução de fluxos de capitais relacionados ou suspeitos de estar relacionados com atividades criminosas.

Com o tempo, no entanto, verificou-se que esta abordagem do branqueamento não se revelava uma tarefa simples. A este propósito podem elencar-se uma série de razões. Desde logo, refiro-me à complexidade do ambiente em que as entidades privadas em geral atuam, não só de desenvolvimento tecnológico sofisticado e de novos riscos emergentes bem como de aplicação extraterritorial de leis nacionais. Depois, assumindo contornos especialmente sensíveis no sistema financeiro, destaco a falta de *expertise* criminal do setor e de informação atualizada sobre os *modi operandi* e as próprias características dos agentes criminosos. A resposta a estas dificuldades e a um crescente sentimento de ineficácia do modelo que se tinha posto em funcionamento desencadeou uma hiper-regulação –ao ponto de se dizer que a prevenção e luta contra o branqueamento de capitais enfrenta uma *selva regulatória*²– de elevada abstração e complexidade por parte das entidades públicas.

Na verdade –convém lembrar–, o nascimento da ideia de *compliance*³, cujo epicentro geográfico originário se localiza no mundo anglo-saxónico e que rapidamente influenciou o mundo continental, tem as suas raízes em novas dinâmicas da sociedade e da economia, que se evidenciaram no protagonismo das empresas, em particular das multinacionais e no carácter transnacional e dificilmente controlável da sua atuação, também ao nível da prática de crimes, e na produção de riscos, que, em certos domínios, rapidamente evoluíram para catastróficos para as populações e para o ambiente. E que recla-

¹ Cf. MIRANDA RODRÍGUES, Anabela, *Compliance inteligente e prevenção e luta contra o branqueamento*, in MIRANDA RODRÍGUES, Anabela, Coord., *A Inteligência Artificial no Direito Penal*, II, Alameda, 2022, 207 s. (211 s.).

² CASSANI, Ursula/VILLARD, Katia Anne, *The Changing Face of Money Laundering Regimes*, RIDP 90, 2019, n.º 2, 167.

³ Cf., MIRANDA RODRÍGUES, Anabela, *Direito Penal Económico – uma Política Criminal na Era Compliance*, 2.ª ed., 2020, 83 s.

mavam, assim, uma reorientação da governança empresarial, acompanhada da responsabilidade direta da entidade jurídica coletiva pelos comportamentos ilícitos e criminosos cometidos no seu seio e através dela. Neste cenário, o *compliance* surge como uma estratégia organizacional de avaliação e gestão de riscos, a que dedicaram particular atenção os principais fóruns internacionais, como a OCDE, ONU, União Europeia, Conselho da Europa, o G20, o G7, o Banco Mundial ou a Organização Internacional do Comércio. De um ponto de vista político-ideológico, é típica do modelo de Estado regulador –o *Regulatory State*–, que se posiciona historicamente entre o Estado liberal oitocentista, que acreditou que podia transformar o lobo em cordeiro, e o *Welfare State* ou *Wohlfahrtsstaat* de novecentos, cuja capacidade de intervenção se erodiu com a crise fiscal, a industrialização e, por fim, com a globalização. Pode perspetivar-se o *compliance* como um sistema em que se acentua mais o *controlo interno*⁴ ou pode atribuir-se-lhe um significado comum no domínio empresarial, que implica o controlo sobre as contrapartes comerciais (*know your counterparty*), que se alarga e abrange o controlo sobre a cadeia de fornecedores globais das empresas multinacionais, tendo em vista prevenir o cometimento de ilícitos e violações de direitos humanos –falo, agora, de *compliance* no sentido de *due diligence*.

No contexto da questão aqui abordada –a de uma *persistente* crise de efetividade do *compliance*, cujos sinais se detetam de forma muito nítida na prevenção e luta contra o branqueamento–, interessa-me destacar um seu aspeto que se prende com o caráter mais vinculativo ou mais flexível da intervenção dos legisladores e dos reguladores na autorregulação. Exatamente para referir o *compliance* no setor financeiro e bancário como o exemplo de uma *enforced self-regulation* ou *compliance cogente*. Acrescentando, ainda, que a este aspeto se liga normalmente uma hétéro-regulação minuciosa e invasiva, quase asfixiante, ou hiper-regulação a que já me referi. A autorregulação do setor continua a ser um objetivo, mas nos limites de uma *metarregulação*⁵ ditada pelo legislador e pelos reguladores. Este enorme impulso regulatório que o setor bancário conheceu diminuiu, na prática, o espaço de intervenção da *soft law*, que –sem ser eliminada e mantendo a sua influência–, cedeu o lugar, numa medida significativa, à abordagem de *hard law*.

⁴ Seguindo uma metodologia estabelecida pelo Relatório COSO (*Committee of Sponsoring Organizations*) da *Treadway Commission*, que teve recentemente, em 2023, a sua última edição, com o 2023 ICSR (*Internal Control Sustainability Report*) de 2023.

⁵ COLIN, Scott, *Regulating Everything: From Mega- to Meta-Regulation*, in *Administration*, 60, 2012, 57 s.

Isto significa que, especificamente no âmbito do branqueamento, o quadro regulatório enfatiza cada vez mais o papel do setor público. Isso é visível em diferentes leis relativas à prevenção e luta contra o fenómeno⁶ e tem uma justificação evidente. Sobretudo depois da crise financeira de 2008, o legislador preocupou-se cada vez mais em assegurar que os interesses dos clientes e o fim lucrativo prosseguidos pelas entidades bancárias não se sobrepusesse à prevenção e luta contra o branqueamento. Em última análise, os regimes jurídicos que a este propósito se foram estabelecendo refletiam uma evolução da compreensão do *compliance* com tendência para o ver menos como um instrumento de gestão, servindo a satisfação dos interesses próprios da entidade privada e o êxito da sua atividade, designadamente dos seus sócios, e mais como constituindo um instrumento a utilizar pela organização tendo em vista respeitar interesses públicos e, assim, interesses alheios a ela e indisponíveis por ela –e, por isso, constituindo o *compliance* um domínio de autorregulação cada vez mais imperativo e (hétero-)regulado. Voltando ao *compliance* no âmbito do branqueamento, o quadro regulatório visa assegurar dois objetivos de interesse público: a realização de investigações de crimes por parte das autoridades competentes e a prevenção da circulação de dinheiro sujo no setor financeiro.

Foi-se, assim, assistindo à expansão da regulação pública num quadro de autorregulação regulada. No âmbito da prevenção e luta contra o branqueamento, começa a manifestar-se em meados dos anos oitenta, por intermédio do Comité de Basileia, seguido pelo GAFI e, depois, pela União Europeia e reflete-se na definição dos conteúdos essenciais e na adoção dos programas de *compliance* e na estruturação das funções de *compliance*.

Em suma: *more regulation is better regulation* –neste domínio, talvez seja a melhor expressão do *Zeitgeist* em matéria de *compliance*.

III. COMPLIANCE-O CRITÉRIO DA EFETIVIDADE

Subjacente a estes desenvolvimentos está a preocupação desde há muito manifestada com a efetividade do *compliance*. Não é de agora a denúncia de que pode utilizar-se como uma operação cosmética ou encobrir uma burocratização estéril da atividade da empresa, caracterizada mais pela prossecução do cumprimento formal de regras, de acordo com uma abordagem *tick-the-box*, do que pela atuação eficaz do seu sistema de prevenção e repressão da crimi-

⁶ Designadamente, na lei portuguesa de 2017 (Lei 83/2017, de 18 de agosto).

nalidade⁷. Em geral, definir pela positiva o que é um *compliance* efetivo sempre foi o seu calcanhar de Aquiles. No domínio específico do branqueamento, sobleva como o critério da efetividade é um parâmetro relativo, revelando-se inadequado, não só como o padrão de avaliação dos reguladores e supervisores, quando a aferem pelo cumprimento dos deveres de *compliance* pelas instituições financeiras, mas também como padrão que estas últimas seguem, quando valoram, para efeitos de efetividade, a não aplicação de sanções pela violação dos seus deveres⁸. Podem, na verdade, apontar-se várias razões para as dificuldades inerentes ao critério da efetividade. Desde logo⁹, o *compliance* não se expressa em uma relação binária de cumprimento/não cumprimento, mas antes em graus de conformidade entre expectativas da regulação e esforço colocado pela entidade obrigada na satisfação dessas expectativas. O que quer dizer que a avaliação (da efetividade) do cumprimento não é nem simples nem objetiva. Depois, e em face deste cenário, as entidades obrigadas não estão motivadas para investir esforços e dinheiro adicionais em relação ao conhecimento *normal* –e em muitos casos *simplificado*– de um cliente. Na verdade, não só poderão não ser avaliados pelos reguladores no esforço de obtenção de melhores resultados, como inclusivamente apostam em que um cumprimento «mediocre» lhes pode oferecer a garantia de um cumprimento «suficiente» na avaliação dos reguladores. Para além disso –por último–, a dificuldade em densificar o critério da efetividade como parâmetro de avaliação do *compliance* na prevenção e luta contra o branqueamento desencadeia um fenómeno de *overcompliance*¹⁰, que, numa certa faceta se traduz numa prática de *over-reporting*, também conhecida por *crying wolf*¹¹. O que está em causa com este

⁷ AMICELLE, Anthony/LAFFOLA, Vanessa, Suspicion-in-the-making: Surveillance and Denunciation in Financial Policing, *The British Journal of Criminology*, Vol 58, Issue 4, July 2018, 845-863 (855-857).

⁸ Cf. VOGEL, Benjamin, Potentials and Limits of Public-Private Partnerships Against Money Laundering and Terrorism Financing, *EUCRIM*, 2022/1, 52s. (53); em geral, sobre o tema, LEVI, Michael, Evaluating the Control of Money Laundering and its Underlying Offences: the Search for Meaningful Data, *Asian Journal of Criminology*, (2020) 15, 301 s.

⁹ MANACORDA, Stefano, The «Dilemma» of Criminal Compliance for Multinational Enterprises in a Fragmented Legal World, in MANACORDA, Stefano/CENTONZE, Francesco, *Corporate Compliance on a Global Scale*, Springer, 2022, 67 s. (73). Em geral, sobre a dificuldade da avaliação da efetividade da prevenção e luta contra o branqueamento, POL, Ronald F., *Anti-money laundering: The world's least effective policy experiment? Together, we can fix it*, *Policy Design and Practice*, 2020, 3:1, 73 s. (80); e DASSAN, Pedro, *O overcompliance na prevenção do branqueamento de capitais* (em curso de publicação).

¹⁰ Para uma aproximação ao problema do *overcompliance*, em geral, cf. MANACORDA, Stefano, loc. cit., 73 s.; e, para o domínio do branqueamento, AZEVEDO de MOURA, Miguel, *O overcompliance e o princípio da proporcionalidade na aplicação de normas relativas à prevenção e combate ao branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo*, *Vida Judiciária*, janeiro/fevereiro, 2020, 40 s. (40 e 41) e DASSAN, Pedro, loc. cit.

¹¹ TAKÁTS, Előd, *A Theory of «Crying Wolf»: The Economics of Money Laundering Enforcement*, 2007 International Monetary Fund, IMF WP/07/81.

fenómeno é um desfasamento entre os riscos valorados por reguladores e regulados. Os primeiros, avaliam o risco de branqueamento e as entidades reguladas valorizam o risco de serem sancionadas por uma violação de um dever de *compliance* –a que, sublinhe-se, dão mais peso do que ao risco real e concreto de branqueamento numa determinada situação, mais difícil e mais exigente de avaliar na prática.¹² Diga-se, de resto, que as entidades supervisoras e judiciais fazem um juízo *ex post*, retrospectivo e, nessa medida, enviesado (*hindsight bias*) sobre a eventual violação de um dever, diferentemente do que acontece com os responsáveis de *compliance*, que fazem juízos *ex ante*, isto é, prospetivos. Como as sanções por violação de deveres de *compliance* são aplicadas no caso de não serem comunicadas operações que posteriormente se demonstrou serem suspeitas de branqueamento –os falsos negativos– e não no caso de comunicações de operações que posteriormente se vieram a demonstrar como lícitas –os falsos positivos–, as entidades privadas financeiras tendem a aumentar a comunicação de Relatórios de Atividades Suspeitas (RAS's) para evitar sanções por falsos negativos. Ou seja, no final, esta prática traduz-se no aumento da quantidade de RAS's que são simultaneamente falsos positivos. O *over-reporting* é, ainda, alimentado pelos reguladores. E, assim, por uma cada vez maior pressão por parte destes sobre os regulados em relação à comunicação de RAS's, sem que exista uma noção clara da parte de qualquer dos lados acerca do que deve constituir a grandeza adequada das comunicações; e, ainda, por uma ausência de *feedback* daqueles (reguladores) em relação aos RAS's comunicados, que caem numa espécie de «buraco negro», por não haver retorno quanto à sua utilidade¹³. O que acontece, no final, é que o *over-reporting*, por um lado, pode ocasionar, por parte das entidades (públicas) destinatárias das informações (e comunicações) falhas na identificação das que são realmente relevantes como indicando suspeita de branqueamento– «o que é de facto importante torna-se difuso»¹⁴ –, desta forma associando-se ao fenómeno da captura regulatória; e, por outro lado, como reverso da moeda, gera, da parte dos regulados, a produção de uma enorme quantidade de informações (e de comunicações) que, para além de poderem ser inúteis (os falsos positivos), originam a criação de enormes bancos de informações/dados.

¹² LAUFER, William S., Corporate Liability, Risk Shifting, and the Paradox of Compliance, *Vanderbilt Law Review*, Vol 52, Issue 5, 1999, 1340 s. (1402 s.).

¹³ MAXWELL, Winston/ BERTRAND, Astrid/VAMPARYS, Xavier, Are AI-based Anti-Money Laundering (AML) Systems Compatible with European Fundamental Rights?, *ICML Law and Machine Learning Workshop*, 2020, *Hal -02884824v3*, 1 s. (19).

¹⁴ DASSAN, Pedro, *O overcompliance*.

IV. COMPLIANCE COOPERATIVO E PARTILHA DE INFORMAÇÕES DE DUPLA VIA

No quadro de autorregulação regulada, um passo muito importante na busca de efetividade da *relação* público-privada estabelecida representa a evolução mais recente do *compliance*, normalmente designada por *compliance cooperativo*, que, num certo entendimento especialmente válido no âmbito do branqueamento¹⁵, traduz a necessidade de partilhar informações estratégicas e mais direcionadas, a fim de promover a capacidade do setor privado para descobrir ativos provenientes da prática de crimes. Com uma nota a sublinhar. E que diz respeito à cooperação aqui em causa abandonar a via de sentido único tradicionalmente trilhada, em que as entidades obrigadas geram informações financeiras que, em casos suspeitos, são transmitidas às Unidades de Informação Financeira (UIF's) e, eventualmente, às autoridades de investigação criminal, não havendo, por parte destas, qualquer retorno; e passar a centrar-se num fluxo de informações bidirecional, isto é, não só das entidades financeiras privadas para as autoridades de controlo (UIFs) e de investigação criminal, mas também destes entes públicos para os privados. O *compliance* assim concebido, ao radicar na criação de mecanismos que permitem um maior diálogo nos dois sentidos –de via dupla– entre entidades privadas e supervisores e outras entidades públicas competentes, significa, pelo que diz respeito ao setor privado, um compromisso, não apenas no cumprimento formal dos deveres de *compliance*, mas também a disponibilidade para ir além dos mínimos legais exigidos; e, do lado do setor público, implica uma cooperação pró-ativa com o setor privado, que tem em vista apoiar as entidades financeiras na resposta às dificuldades experimentadas com o cumprimento dos seus deveres de *compliance* e –fundamentalmente– prestar-lhes informações que possam auxiliá-las a melhor cumprir os objetivos de prevenção e luta contra o branqueamento de capitais.

Está em causa, desta forma, a criação de um fluxo de informações do setor público para o privado, orientado para a melhoria da efetividade do *compliance*, em que a partilha de informações é perspetivada ou em função de investigações criminais ou dirigida a conhecer os clientes (KYC) ou, numa fórmula mais atual, a assegurar a *customer due diligence* (CDC) e a melhorar os

¹⁵ VOGEL, Benjamin, Potentials and Limits, EUCRIM, 2022/1, 52s; VOGEL, Benjamin/MAILLART, Jean-Baptiste (eds.), National and International Anti-Money Laundering Law Developing the Architecture of Criminal Justice, Regulation and Data Protection, Intersentia, 2020, 911s, 924s, 930s, 1021s; MAXWELL, Nick, A Survey and Policy Discussion Paper: 'Lessons in private-private financial information sharing to detect and disrupt crime'. Future of Financial Intelligence Sharing (FFIS) research programme, 2022, 26 s.

RAS's daí resultantes. No primeiro caso, a informação (a fornecer pela entidade pública) pode dizer respeito a (partilha de) nomes de alvos e eventualmente incluir a partilha de informações adicionais úteis para tornar o seu acompanhamento mais eficaz, como por exemplo informações sobre pessoas de contato ou as atividades de negócios das pessoas visadas; ou pode ainda incluir o fornecimento de informações sobre pessoas de interesse ou sobre perfis de potenciais suspeitos, com a finalidade de permitir que a entidade privada pesquise os seus próprios registos de informações/(bancos de dados) de forma direcionada. Como facilmente se entende, esta pesquisa direcionada pode ser atrativa para as entidades de investigação, uma vez que, por um lado, permite uma resposta das entidades privadas a um pedido das autoridades de investigação sem estas serem inundadas de informações/(dados) em massa, não estruturadas e, muitas vezes, em grande parte inúteis; por outro lado, torna possível que as autoridades de investigação obtenham registos de dados privados rastreados usando perfis de criminosos em relação a suspeitos até então não identificados pelas entidades privadas. Quanto à partilha de informações com o objetivo de melhorar a diligência devida das entidades obrigadas em relação aos clientes –segundo caso–, as autoridades públicas devem passar a dar-lhes *feed-back* pelo que se refere a específicos RAS's, acabando com a prática atual do buraco negro. Pôr fim a isto implica a prestação de informações sobre se os parâmetros de risco aplicados em determinados casos são os adequados aos olhos da autoridade competente, em especial a autoridade de controlo ou a UIF. Além disso, as informações que estas autoridades partilham relativamente a RAS's específicos podem abranger dados mais personalizados, designadamente, uma autoridade competente pode comunicar a uma entidade obrigada que uma transação ou um cliente mencionado num determinado RAS estão, de acordo com a avaliação dessa autoridade, efetivamente relacionados com atividades criminosas ou que existe suspeita razoável nesse sentido. E cabe ainda referir que a partilha no sentido público-privado de informações com o objetivo de melhorar a capacidade de deteção de riscos das entidades obrigadas pode implicar a sua prestação independentemente da existência de qualquer RAS em particular e, assim, uma atuação pró-ativa do setor público –que pode, por exemplo, incluir, não só informações estratégicas sobre fenómenos criminais numa determinada região ou num setor empresarial, mas também informações mais específicas, como perfis de infratores relevantes ou mesmo informações sobre determinados suspeitos e as suas atividades.

Nesta linha –importa sublinhar–, a Comissão Europeia, no seu plano de ação para uma política abrangente da União em matéria de luta contra o bran-

queamento de capitais e o financiamento do terrorismo¹⁶, anunciou que iria emitir *orientações* em matéria de cooperação público-privada e, além disso, pelo que diz respeito à nova Autoridade para o Combate ao Branqueamento de Capitais –cuja criação está ocorrerá previsivelmente no corrente ano de 2024, prevenindo-se que esteja totalmente operacional em 2027–, a proposta de Regulamento¹⁷ que a institui enseja que a nova Autoridade desempenhe um papel vital na melhoria do intercâmbio de informações e da cooperação entre as UIF's.

O que se defende é que, a partir dos pressupostos em que assenta o modelo de *compliance* cooperativo, esta estratégia de aplicação da lei –porque é disso que se trata com o *compliance*– pode aperfeiçoar-se e revelar-se mais efetiva.

Para este efeito, é vital ter presente o objetivo do quadro regulatório relativo à prevenção e luta contra o branqueamento. Que, como é sabido¹⁸, é a preservação do sistema financeiro e da confiança pública que nele se deposita contra o infiltração de fundos de origem ilícita. Ao refletir esta preocupação legítima por parte dos Estados –ou de outros «territórios, por exemplo, a União Europeia– com a ameaça que a circulação e o investimento de «dinheiro sujo» podem significar para a economia lícita, o setor político e a sociedade em geral e, assim, ao atribuir às entidades obrigadas uma função de *gatekeepers*, cujo papel é a proteção dos mercados face a ativos criminosos e a criminosos que podem exercer o poder económico, social e político por meio desses ativos, a política contra o branqueamento de capitais, de uma primeira perspetiva de proteção da integridade do setor financeiro, centra-se na sua capacidade para prevenir a circulação de ativos criminosos no setor e, portanto, no cumprimento por parte das entidades financeiras dos seus deveres preventivos; de outro ponto de vista, entretanto, na política contra o branqueamento de capitais perspetivada do ângulo da luta contra o crime, na base da ideia de que a inteligência financeira oferece boas oportunidades de melhor detetar e perseguir a criminalidade geradora de lucros, designadamente criminalidade organizada transnacional ou terrorismo, avulta a sua conceção como a *longa manus* de vigilância do Estado.

Chegados a este ponto, entretanto, compreende-se que o quadro legal de prevenção e luta contra o branqueamento seja desenhado atendendo a estas duas perspetivas¹⁹, que se sobrepõem e reforçam mutuamente, uma vez que um melhor resultado na *costumer due diligence* é, em última análise, suscetível

¹⁶ C(2020) 2800 final, de 7.5.2020, 15 s.

¹⁷ COM(2021) 421 final, de 20.07.2021, 4.

¹⁸ MIRANDA RODRÍGUES, Anabela, Compliance inteligente, in Miranda Rodrigues, Coord., A Inteligência Artificial, II, 2022, 209; MIRANDA RODRIGUES, Anabela, O crime de branqueamento sob o signo da expansão (as modalidades de ação típica e as alterações resultantes da Lei n.º 58/2020, de 31/8), Prof. Doutor Augusto Silva Dias In Memoriam Vol I, 2021, 515 s.

¹⁹ VOGEL, Benjamin, Potentials and Limits, EUCRIM, 2022/1, 55 s.

vel de acrescentar valor às investigações criminais. Todavia, compreende-se também que os esforços para tornar mais efetivo o *compliance*, que se fazem a partir do reforço da sua vertente cooperativa no sentido de implementar o fluxo informativo público-privado, sejam prosseguidos de acordo com os dois diferentes objetivos imediatos da partilha de informações. Assim, é fácil entender que, no caso em que a informação contida nos RAS's e comunicada às UIF's pode acrescentar valor às investigações criminais, a qualidade dos RAS's –que compete às UIF's avaliar, a fim de decidirem se uma determinada atividade suspeita deve ser investigada mais profundamente– é de particular importância e, portanto, a principal preocupação do sistema é reduzir os falsos positivos. Já se a sanidade do sistema (económico-)financeiro é enfatizada pelo modelo de prevenção e luta contra o branqueamento, uma regulação que suscite um elevado número de RAS's e a quantidade destes relatórios produzidos é positivamente valorada, na medida em que pode fornecer às UIF's uma imagem mais nítida das situações de risco potencial de práticas de branqueamento e, deste modo, (permitir às UIF's) melhorar a sua capacidade de análise do apetite de risco das entidades obrigadas individualmente consideradas e, consequentemente, de identificação de operações ou negócios de risco elevado.

V. DESAFIOS DE UM MODELO DE *COMPLIANCE* COOPERATIVO DE DUPLA VIA

O melhoramento da efetividade do *compliance* no sentido do reforço da partilha de informações tal como o vimos descrevendo não deve perder de vista dois domínios particularmente sensíveis: um, em matéria de proteção de dados; o outro, contende com os direitos de arguidos em processos penais em curso.

Pelo que diz respeito ao tratamento de dados pessoais²⁰ por parte das entidades obrigadas e pelas UIF's no âmbito da prevenção e luta contra o branqueamento, tendo em conta o objetivo que serve de identificação de deteção de suspeitas de atividades criminosas e, assim, podendo dar origem a processos penais, é conveniente ter em conta que, com o declínio da utilização de numérico e a digitalização crescente dos serviços financeiros, os dados financeiros fornecem informações cada vez mais detalhadas sobre a vida pessoal e quaisquer atividades dos cidadãos. Acrescente-se que as instituições financeiras utilizam diferentes mecanismos de mineração de dados para conhecer os seus

²⁰ Cf. MIRANDA RODRÍGUES, Anabela, *Compliance inteligente*, in Miranda Rodrigues, Coord., *A Inteligência Artificial*, II, 2022., 223 s.; VOGEL, Benjamin, *Potentials and Limits*, EUCRIM, 2022/1, 56 s.

clientes e, neste contexto «tecnológico», encorajadas pelos reguladores –configurando um procedimento de *gold plating*–, podem conhecer os seus clientes muito para além do que lhes é legalmente exigido. O princípio da proporcionalidade assume aqui um papel fulcral, implicando um equilíbrio entre a necessidade de limitações de direitos das pessoas à privacidade e de direitos sobre os dados pessoais e a realização do objetivo tido em vista com a recolha e o tratamento de informações. Assim, designadamente, quando são criados perfis de risco, os perigos da categorização das pessoas verificam-se, na medida em que as expõem à estigmatização em atividades comerciais –e, por aqui, à violação de princípios da igualdade e da não discriminação– e à possibilidade de serem sujeitas a medidas repressivas. A questão está na limitação de direitos fundamentais que se pode verificar, na medida em que as autoridades públicas poderão efetivamente controlar o(s tratamento d)os bancos de informações/dados das entidades obrigadas e das UIF's.

Particulares preocupações são suscitadas pela partilha de informações quando a circulação da informação se faz a partir das autoridades de investigação criminal para UIF's e entidades obrigadas, com o objetivo de estas controlarem as operações/transações/atividades de suspeitos sob investigação criminal. A atividade de *due diligence* em relação aos seus clientes levada a efeito pelas entidades obrigadas *transforma-se*, desta forma, em atividade de vigilância e produz inteligência financeira. As questões aqui implicadas vão para além da proporcionalidade²¹. Desde logo, na medida em que as informações obtidas no âmbito da *due diligence*, fora do processo penal, têm em vista ser partilhadas em processos penais em curso, sem que, todavia, a atividade que esteve na origem da produção/obtenção destas informações se tenha submetido aos princípios e às regras processuais penais, por exemplo, a emissão de uma autorização judicial. O risco de violação de direitos de defesa das pessoas envolvidas no processo penal torna-se manifesto, tanto mais evidente se se pensar na regra de proibição de divulgação de comunicações entre entidades obrigadas e UIF's²², que não permite, em geral, aos visados, agora arguidos em processos penais, entender como foram produzidas contra si certas provas incriminatórias. Há que equacionar, em última análise, a i/legitimidade de uma «im/possível» restrição ao princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*

²¹ Cf. European Data Protection Supervisor. Opinion 5/2020 on the European Commission's action plan for a comprehensive Union policy on preventing money laundering and terrorism financing, n. 44.

²² Cf. Artigo 39.º, n.º1, Diretiva 2015/849, de 20 de maio de 2015, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo.

de que gozam os arguidos em processo penal²³. Além do mais, na medida em que este circuito de dupla via –que induz uma entidade privada a obter informações sobre as atividades de um cliente no decurso de um processo penal contra ele, eventualmente solicitando-lhas diretamente– pode colocar a entidade privada na condição de um «agente encoberto» das autoridades de investigação, sem que a sua atuação esteja enquadrada legalmente e, assim, possa atuar sem controlo judicial ou outro de natureza independente.

VI. A CONCLUIR

Como se vem generalizadamente reconhecendo, não está provada a efetividade do *compliance*²⁴.

É sabido que muitos dos seus défices radicam no facto de ele ser uma estratégia que assenta exatamente na cooperação público-privada. Designadamente, aponta-se a captura regulatória²⁵ das entidades reguladoras, na medida da sua dependência da informação e da qualidade da informação prestada pelas entidades obrigadas e das disfunções que se revelam na sua atividade de controlo, devido ao *over-reporting*. O que está em causa é contrariar um caminho de expansão e o apertar da malha da rede de prevenção do branqueamento que privilegia, apenas, a consagração de cada vez mais deveres de *compliance* para um número cada vez maior de entidades obrigadas –favorecendo, de resto, o florescimento de uma *indústria do compliance*²⁶– ou a tentação de fazer recair sobre os particulares, feitos «bodes expiatórios» do fracasso dos sistema de controlo, as responsabilidades, administrativas (ou contraordenacionais) e mesmo penais, quando um caso de branqueamento ocorre. Pelo contrário, o reforço do modelo cooperativo de *compliance* tido em vista, passa por acentuar a importância do fluxo de informações das autoridades públicas para o setor privado, com o objetivo de contrariar a quantidade pela qualidade da

²³ Sobre a questão aqui implicada, COSTA ANDRADE, Manuel, *Nemo tennetur se ipsum accusare* e direito tributário. Ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional, RLJ, Ano 144º, N.º 3989, 2014, 121 s.

²⁴ Cf., designadamente, LAUFER, William, *Illusions of Compliance and Governance*, Corporate Governance, Vol. 6, No. 3, 239 s.

²⁵ Cf. supra, sob III; MIRANDA RODRIGUES, Anabela, *Compliance inteligente*, in Miranda Rodrigues, Coord., *A Inteligência Artificial*, II, 2022, 215 s.; OLIVEIRA, José Carlos/AGAPITO, Leonardo Simões/MIRANDA, Matheus de Alencar, *O Modelo de 'Autorregulação Regulada' e a Teoria da Captura: Obstáculos à Efetividade no combate à Lavagem de Dinheiro no Brasil*, *Questio Iuris*, vol. 10, n.º 01, 2017, 365 s. (376 s).

²⁶ Cf., designadamente, BLANCO CORDERO, Isidoro, *Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales: estudio del cumplimiento normativo (compliance) desde una perspectiva criminológica*, *Eguzkilore: cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 23, 2009, 123 s.

informação que alimenta aquele setor. Mais: o que está em causa, em último termo –por aqui passa o êxito de um modelo de dupla via–, é melhorar e potenciar a atividade de controlo das entidades públicas na relação que instituem com o setor privado, promovendo decididamente o investimento em meios humanos, materiais e financeiros, por forma a alcançarem eficácia no seu desempenho. Designadamente, há que colocar ao seu serviço a tecnologia, nas suas manifestações mais evoluídas –refiro-me a sistemas autónomos e de Inteligência Artificial (IA)–, para acompanhar e responder aos correspondentes e prodigiosos avanços desse cariz que experimentou e experimenta quotidianamente o sistema financeiro. Ao implementar (uma cooperação mais estreita, através d) a partilha de informações entre o setor público e privado de via dupla, está a considerar-se –como é correto– que não se devem ignorar ou desvalorizar os progressos de cumprimento do setor privado, especialmente num tempo em que novas soluções tecnológicas e de IA para a análise de dados em massa são um valioso aliado do *compliance* e sinalizam o potencial de melhoria da sua efetividade nos dois polos da relação público-privada. É preciso ter presente²⁷ que as falhas na deteção de ativos criminosos não traduzem normalmente insuficientes esforços de *compliance* no setor privado, mas são antes o resultado de um desempenho insuficiente, devido a recursos materiais e humanos inadequados, das autoridades públicas no tratamento da informação reportada pelas entidades obrigadas. Enquanto, do lado público, estes défices não forem enfrentados e ultrapassados, aumentar a partilha de informação público-privada não traz acréscimo de efetividade à deteção de ativos ilícitos e à prevenção e luta contra o branqueamento.

O recurso à estratégia de *compliance* que acentua a cooperação público-privada na prevenção e luta contra o branqueamento parece inevitável. O caminho não é abandonar esta opção político-criminal de aplicação da lei, antes determinar as suas vulnerabilidade-chave e melhorar e reforçar uma regulação de partilha de informações entre o setor público e privado que, simultaneamente, promova a sua efetividade (e, por aí, do *compliance*) e o respeito pelos direitos fundamentais das pessoas envolvidas.

²⁷ VOGEL, Benjamin, Potentials and Limits, EUCRIM, 2022/1, 56.

CAPÍTULO LXXIX

OTRA REFORMA DEL HOMICIDIO Y LAS LESIONES IMPRUDENTES: EPÍLOGO AL DESPROPÓSITO

MARTA PANTALEÓN DÍAZ

Doctora en Derecho (Universidad Autónoma de Madrid).

Abogada (Uría Menéndez)

I. INTRODUCCIÓN

Hace unos años, con motivo de la modificación del Código Penal llevada a cabo a través de la Ley Orgánica 2/2019, publiqué un artículo titulado «Treinta años de reformas del homicidio y las lesiones imprudentes en el Derecho penal español (1989-2019). Historia de un despropósito»¹. En mi trabajo –decisivamente inspirado, entre otros, por un excelente artículo de nuestro homenajeado²–, analizaba la evolución de la regulación española del homicidio y las lesiones imprudentes entre el Código Penal de 1944 y la actualidad, haciendo especial énfasis en sus principales reformas (y propuestas de reforma) a lo largo de este periodo.

Mi conclusión, anticipada en el título, era que esta evolución legislativa podía describirse como la historia de un despropósito. El motivo, que el legislador español llevaba treinta años poniendo en el centro de la política criminal

¹ PANTALEÓN DÍAZ, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, 55, 2019, pp. 145-200.

² DE VICENTE REMESAL, *Dos propuestas legislativas antagónicas sobre el homicidio por imprudencia leve: referencia especial al ámbito de la seguridad vial*, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, 36, 2014, pp. 121-169.

en esta materia un interés cuya protección no le corresponde al Derecho penal: el de las víctimas de accidentes de tráfico en cobrar de los responsables (o, más frecuentemente, de sus aseguradoras) las indemnizaciones correspondientes de la forma más rápida y barata posible. La reciente aprobación de la Ley Orgánica 11/2022, por la que vuelve a reformarse esta normativa, me ha proporcionado una excelente oportunidad para volver sobre ella, analizarla con cierta profundidad³ y estudiar hasta qué punto se ha mantenido en la política legislativa el defecto nuclear que denunciaba en mi artículo de 2019. Este es el objeto del presente trabajo, que dedico al Profesor de Vicente Remesal con la mayor admiración y cariño.

Las modificaciones más relevantes introducidas a través de la Ley Orgánica 11/2022 se refieren al homicidio y las lesiones por imprudencia menos grave. Antes de entrar a estudiarlas una por una, parece oportuno, sin embargo, dedicar algunos párrafos a explicar los antecedentes y el contexto de esta reforma, enmarcándolos en la perspectiva de análisis que considero más adecuada.

II. LA HISTORIA DE UN DESPROPÓSITO

Una regulación racional y coherente del homicidio y las lesiones imprudentes pasa (como la de cualquier otro delito) por decidir primero, con criterios estrictamente político-criminales de merecimiento y necesidad de pena, cuáles de las conductas que podrían abarcar deben considerarse penalmente típicas. En España, esta decisión tendrá como *consecuencia* que, por razones de economía procesal, los perjudicados por el delito podrán ejercitar sus acciones civiles en el proceso penal, lo que supondrá una ventaja para ellas en términos de coste y de rapidez, sobre todo si se trata de un delito leve. Pero el razonamiento no debería ser el inverso: el de tipificar una conducta *para que* sus víctimas puedan reclamar sus indemnizaciones en vía penal.

Lo anterior me parece evidente. Sin embargo, en nuestro país lleva décadas pasando todo lo contrario, con el beneplácito de buena parte de la doctrina. El homicidio y las lesiones por imprudencia grave no plantean,

³ Hasta donde alcanzo, esta tarea no ha sido aún emprendida por la doctrina. Por esta razón, unida al reducido espacio disponible, he limitado al mínimo necesario las referencias incluidas en esta contribución. En lo demás, me remito a la bibliografía de mi artículo de 2019 (del que este no deja de ser un simple «epílogo»), donde el lector puede encontrar un listado completo y relativamente actual de los trabajos más relevantes sobre esta materia.

en este sentido, problema alguno: casi nadie duda que deban ser delito. Sin embargo, la indecisión sobre si los grados más leves de imprudencia, que no se castigan en relación con ningún otro delito, merecen un reproche penal cuando causan un resultado de muerte o de lesiones han dado lugar a una regulación tradicionalmente muy tibia: se mantenían estas conductas en el Código Penal como faltas pero, a la vez, se les asignaban penas muy leves (desde 1995, solo de multa) y se tramitaban a través de un procedimiento simplificado. En la práctica, esta combinación condujo desde el principio a que, en los casos en los que la acción civil se ejercitaba en el juicio de faltas, los jueces tuvieran un fuerte incentivo para condenar penalmente por conductas muy leves con la única finalidad de poder pronunciarse sobre la responsabilidad civil y evitarle a las víctimas tener que reclamarla en un procedimiento civil ulterior⁴.

Esta instrumentalización se agravó con la Ley Orgánica 2/1989, mediante la que se sometió la perseguibilidad de todas las faltas imprudentes contra las personas a la previa denuncia del ofendido, con el objetivo de aligerar la carga de trabajo de los juzgados de instrucción. De acuerdo con el Preámbulo de la Ley, con ello no se pretendía «limitar el acceso a los Tribunales de Justicia, sino evitar una actuación de estos innecesaria por no requerida, *no dándose un interés general suficiente* que aconseje mantener el sistema hasta ahora vigente». Con ello se estaba admitiendo la inexistencia de razones propiamente penales para castigar el homicidio y las lesiones por imprudencia leve. Sin embargo –y de ahí el despropósito–, en lugar de ser consecuente con esta premisa y *despenalizar* estas conductas, el legislador las mantuvo como faltas, si bien dejando su persecución penal en manos de las víctimas.

La consecuencia práctica de la reforma fue, en resumidas cuentas⁵, la siguiente: salvo que a la vez concurriera un delito de peligro del artículo 379 del Código Penal, casi todos los homicidios o lesiones imprudentes cometidos en la carretera se calificaban automáticamente (lo fueran o no) como leves, ya fuera para archivar el juicio de faltas (si no había denuncia) o para condenar al autor e indemnizar a las víctimas de forma rápida y barata (si la había)⁶. Y las denuncias solo se producían, en la mayoría de los casos,

⁴ Así lo denunciaba ya QUINTANO RIPOLLÉS, Derecho penal de la culpa (imprudencia), Barcelona, Bosch, 1958, pp. 365-366.

⁵ Más detalles en PANTALEÓN DÍAZ, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, 55, 2019, pp.154-155.

⁶ Vid., en este sentido, la Instrucción 3/2006, de 3 de julio de la Fiscalía General del Estado (pp. 3-4); así como el Dictamen 2/2016, de 14 de julio, del Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial (pp. 13-15, 26, 59-63).

cuando las víctimas no habían logrado ser indemnizadas extraprocesalmente por el autor o su aseguradora.

A mi juicio, este problema (que se ha mantenido, *mutatis mutandis*, hasta el momento actual) solo admite dos posibles soluciones coherentes ⁷. La primera es la que legislador no se atrevió a implementar en 1989: despenalizar por completo el homicidio y las lesiones por imprudencia no grave para que no quede nada que instrumentalizar. La segunda, convertir estas infracciones en delitos perseguibles de oficio e imponerles penas más altas (idealmente, privativas de libertad) que fuercen, a su vez, su tramitación por el procedimiento abreviado, de manera que desaparezcan los incentivos para su instrumentalización.

Ambos caminos –antagónicos, como los calificara nuestro homenajeado ⁸– han sido emprendidos, sin éxito, por el legislador español. Lo segundo se intentó con el Anteproyecto de reforma penal de 2006, fracasado en este punto ⁹. Lo primero, con el de 2012, en el que se proponía su despenalización total junto con la del resto de las faltas. Sin embargo, como es sabido, la Ley Orgánica 1/2015, en la que se materializó este Anteproyecto, terminó suponiendo únicamente la despenalización de las lesiones del artículo 147.1 del Código Penal causadas por imprudencia no grave.

Respecto del homicidio y las lesiones de los artículos 149 y 150 del Código Penal logró imponerse en la tramitación parlamentaria de la reforma la idea (defendida con vehemencia por buena parte de la doctrina, numerosos profesionales y, por supuesto, las asociaciones de víctimas) de que la despenalización proyectada suponía una intolerable «desprotección penal» de los perjudicados por accidentes de tráfico, a los que se hurtaba la posibilidad de reclamar sus indemnizaciones civiles por la vía del juicio de faltas, convertido ahora en juicio sobre delitos leves ¹⁰. La presión de estos colectivos tuvo finalmente como consecuencia la introducción de dos nuevos delitos leves de homicidio y lesiones graves por imprudencia «menos grave».

⁷ En otros ámbitos, la necesidad de proteger intereses la intimidad de las víctimas o impedir su doble victimización puede justificar el someter la perseguibilidad del delito a la previa denuncia del ofendido. Pero no es el caso de la seguridad vial.

⁸ DE VICENTE REMESAL, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, 36, 2014, pp. 121-169.

⁹ Sobre este intento fallido de reforma no puedo más que remitirme a PANTALEÓN DÍAZ, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, 55, 2019, pp. 155-159 y a los trabajos al respecto que allí se citan.

¹⁰ Pueden consultarse, en este sentido, los numerosos trabajos citados en PANTALEÓN DÍAZ, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, 55, 2019, n. 62, a los que no puedo referirme en esta contribución dado el espacio disponible.

A pesar de ello, la reforma de 2015 condujo a un importante incremento de los archivos de procedimientos penales por accidentes de tráfico con resultado de muerte y de lesiones. Los sobreseimientos, que ahora se producían incluso mediando denuncia del ofendido, respondían en la mayoría de los casos a la despenalización total de las lesiones del artículo 147.1 del Código Penal causadas por imprudencia no grave (enormemente frecuentes en la práctica). En otros, a que, a pesar de la incertidumbre existente en torno a la nueva categoría de imprudencia¹¹, los jueces tendieron a interpretar (razonablemente) que al menos el segmento más leve de la antigua imprudencia leve también había sido despenalizado, con independencia de la gravedad del resultado.

Esto no tardó en provocar, de nuevo, críticas doctrinales y presiones por parte de las asociaciones de víctimas, que fructificaron en la Ley Orgánica 2/2019. Con ella, entre otras medidas, se introdujo un nuevo delito de lesiones del artículo 147.1 del Código Penal por imprudencia menos grave –desahaciendo, por tanto, la única despenalización total que había supuesto la reforma de 2015– y trató de resolverse para el ámbito del tráfico viario la incertidumbre interpretativa generada por la nueva categoría de imprudencia, definiéndola a modo de «interpretación auténtica».

La Ley Orgánica 11/2022, a la que se dedican los siguientes apartados del trabajo, profundiza en esta misma línea con dos medidas: se rebaja significativamente la pena de las lesiones de artículo 147.1 por imprudencia menos grave y se reforma la definición de esta clase de imprudencia para el ámbito del tráfico rodado. Al mismo tiempo, se convierte el homicidio por imprudencia menos grave cometido utilizando un vehículo a motor o ciclomotor en un delito perseguible de oficio¹².

¹¹ Vid., sobre ello, PANTALEÓN DÍAZ, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, 55, 2019, pp. 169-176, con abundantes referencias.

¹² Se llevan a cabo, además, otras dos reformas de las que, por razones de espacio, me resulta imposible ocuparme en este trabajo. Por un lado, se convierte en preceptiva la imposición de la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores para los delitos de homicidio y lesiones por imprudencia menos grave cometidos en el tráfico rodado. Por otro (y más problemático, aunque solo sea por la carga burocrática, muchas veces inútil, a la que promete dar lugar), se reforma el Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (en adelante la «Ley de Tráfico») para obligar a la autoridad administrativa que conozca de *cualquier accidente de tráfico con resultado de lesión o muerte* a ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial, acompañando la comunicación del oportuno atestado.

II. LA REBAJA PENOLÓGICA DE LAS LESIONES DEL ARTÍCULO 147.1 DEL CÓDIGO PENAL CAUSADAS POR IMPRUDENCIA MENOS GRAVE

Hasta la reforma de 2015, la causación de alguna de las lesiones contempladas en el artículo 147.1 del Código Penal por imprudencia leve se tipificaba como falta castigada con una pena de multa de diez a treinta días y perseguible solo mediante denuncia del ofendido (art. 621.3 CP). Como ya he indicado, la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015 supuso la despenalización de estas conductas para, de acuerdo con el Preámbulo de la norma, «reconducirlas hacia la vía jurisdiccional civil», en virtud del «principio de intervención mínima y la consideración del sistema punitivo como última ratio». El legislador reconocía, así, la inexistencia de un interés público suficiente en el castigo de la comisión del tipo básico de lesiones por imprudencia no grave.

Pero, como se ha explicado, esta reforma dio lugar a un importante incremento de los archivos de procedimientos penales incoados, a instancia de las víctimas, por lesiones de gravedad moderada causadas en accidentes de tráfico. Desaparecía así la posibilidad de estas víctimas de reclamar (y, en su caso, obtener) las indemnizaciones correspondientes en vía penal, debiendo recurrir a estos efectos al proceso civil, *como cualquier otro perjudicado* de una conducta no constitutiva de delito. Y esta supuesta «desprotección» de las víctimas de accidentes de tráfico no tardó en ser duramente criticada por sus asociaciones, de la mano de una parte importante de la doctrina¹³ e incluso del Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial¹⁴.

A mi juicio, la única respuesta coherente que podía darse a estas críticas era la que he anticipado en el apartado anterior de este trabajo: que los perjudicados por una clase de conductas puedan reclamar sus indemnizaciones en un proceso penal solo tiene sentido (por razones de economía procesal) si existe un interés público en considerar delictivas esas conductas y perseguirlas a través de un proceso penal. Si el proceso civil es demasiado caro y demasiado lento para las víctimas, refórmese para hacerlo más barato y más rápido. Pero convertir en delitos conductas para las que la pena resulta tan innecesaria como innecesaria, con el único fin de que los perjudicados por ellas puedan ser indemnizados en un proceso penal, es el mundo al revés.

¹³ Vid. los trabajos citados en PANTALEÓN DÍAZ, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, 55, 2019, n. 105.

¹⁴ Dictamen 2/2016, de 14 de julio, sobre los nuevos conceptos de imprudencia grave y menos grave (pp. 4, 15-16).

Increíblemente, sin embargo, fue precisamente esto último lo que hizo el legislador en 2019: crear un nuevo delito leve de lesiones del artículo 147.1 del Código Penal por imprudencia menos grave. Y es que de los debates parlamentarios que acompañaron a la tramitación de la Ley Orgánica 2/2019 se extrae con meridiana claridad que esta reforma no obedeció en absoluto a una reconsideración del merecimiento o necesidad de pena de estas lesiones, sino al simple objetivo de que las víctimas de accidentes de tráfico a las que hacía cuatro años se había reconducido a la jurisdicción civil pudieran recurrir de nuevo a un procedimiento penal simplificado (ahora, el juicio sobre delitos leves) para reclamar sus indemnizaciones.

Sin embargo, desde esta (equivocada) perspectiva, la reforma de 2019 tenía un defecto: las víctimas de lesiones del artículo 147.1 del Código Penal causadas por imprudencia menos grave seguían sin estar en una posición tan ventajosa como la que tenían antes de la Ley Orgánica 1/2015. Cuando esta conducta se castigaba con una multa de solo diez a treinta días, las víctimas podían personarse en el juicio de faltas sin necesidad de costearse un abogado y un procurador (art. 967.1 LECr), pero esto había dejado de ser posible con la multa de tres a doce meses que la Ley Orgánica 2/2019 había asignado a estas lesiones.

Con la última reforma, el legislador «soluciona» este «problema» reduciendo significativamente la pena de las lesiones del artículo 147.1 del Código Penal causadas por imprudencia menos grave, que han pasado a castigarse con multa de uno a dos meses. Y no se molesta siquiera en que la modificación *parezca* responder a una reflexión político-criminal sobre la pena que realmente merece este delito; algo que, por lo demás, habría sido muy sencillo¹⁵. Por el contrario, el Preámbulo de la Ley Orgánica es perfectamente transparente en cuanto a sus motivos:

«Además, se reduce la pena de multa a uno o dos meses en caso de provocarse por imprudencia menos grave lesiones que necesitan tratamiento médico o quirúrgico que no son invalidantes, pero sí relevantes. Con esa reducción de la pena, la consecuencia es que no sea preceptivo estar asistido de abogado y procurador y que el proceso se juzgue por un juez de instrucción, pero sin menoscabo de todas las garantías *para la víctima*» (la cursiva es mía).

Las lesiones del artículo 147.1 del Código Penal por imprudencia menos grave se han convertido, así, en la máxima expresión del despropósito legisla-

¹⁵ Habría bastado con referirse a la desproporción que se había generado con la reforma de 2019, al asignarse, en caso de imprudencia menos grave, el mismo marco penal a estas lesiones que a las de los artículos 149 y 150 del Código Penal.

tivo que vengo denunciando: solo son delito para que sus víctimas puedan instrumentalizar el juicio de faltas con fines puramente indemnizatorios. Y su pena responde, exclusivamente, al deseo de que puedan hacerlo sin tener que contratar a un abogado y un procurador.

II. LA PROHIBICIÓN DE APRECIAR IMPRUDENCIA LEVE EN CASOS DE MUERTE O LESIONES IMPUTABLES A UNA INFRACCIÓN GRAVE DE LAS NORMAS DE TRÁFICO

Otra de las reformas introducidas en esta materia por medio de la Ley Orgánica 2/2019 fue, como ya he explicado, la inclusión en los artículos 142.2 y 152.2 del Código Penal de sendas definiciones de la imprudencia menos grave en el ámbito del tráfico rodado, con las que se pretendía reducir la incertidumbre interpretativa existente (todavía) en torno a la nueva categoría de imprudencia. Se establecía, en este sentido, que «se reputará imprudencia menos grave, cuando no sea calificada de grave, siempre que el hecho sea consecuencia de una infracción grave de las normas sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, apreciada la entidad de ésta por el Juez o el Tribunal».

Sin embargo, lejos de cumplir su objetivo, la nueva definición generaba, a su vez, dudas interpretativas¹⁶. La más importante era la relativa a qué había de entenderse por «una *infracción grave* de las normas sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, *apreciada la entidad de ésta por el Juez o Tribunal*». ¿Significaba esto que, una vez que el juez apreciase la concurrencia de una de las infracciones graves enumeradas en el artículo 76 de la Ley de Tráfico debía calificar la imprudencia (como mínimo) como menos grave? ¿O dejaba el último inciso de la cláusula un margen de valoración a los tribunales para considerar leve (y por tanto atípica) la imprudencia aunque el autor hubiera incurrido en una de tales infracciones?

En la primera ocasión que se le presentó, la Sala Segunda del Tribunal Supremo optó, muy razonablemente, por la segunda de estas alternativas hermenéuticas. Así, en su Sentencia de Pleno 421/2020, de 22 de julio, seguida por otras en la misma línea¹⁷, la Sala aclaró que:

«El juez o tribunal no queda convertido en esclavo de la catalogación administrativa. No estamos ante la resurrección de la imprudencia simple con

¹⁶ Vid., con mayor detalle, PANTALEÓN DÍAZ, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, 55, 2019, pp. 181-183.

¹⁷ Sentencias 281/2021, de 30 de marzo, y 344/2022, de 6 de abril.

infracción de reglamentos. A eso responde –y el seguimiento de la tramitación parlamentaria lo confirma– el inciso que alude a la necesidad de que el juez aprecie la entidad de la imprudencia. La presencia de una infracción grave supone una presunción de imprudencia menos grave. Emplaza, en principio, a incoar diligencias para esclarecer los hechos y delimitar la magnitud de la negligencia. Pero el Juez podría llegar a excluirla por factores varios no susceptibles de ser reducidos a un listado. Solo caben orientaciones o criterios que habrán de ir pensándose casuísticamente (v.gr. si la infracción administrativa grave es intencional o fruto de una negligencia). [...] Así se deriva inequívocamente de ese inciso final; y así, por otra parte, se constata si examinamos el listado de infracciones graves de la legislación viaria».

Y es que, como acertadamente razonaba el Tribunal,

«Si centramos la atención en la letra m) del artículo 76 [de la Ley de Tráfico] sale no solo reforzada, sino blindada frente a cualquier cuestionamiento la interpretación expuesta del inciso final del art. 142 (apreciada la entidad de ésta por el Juez o Tribunal). [...] Si negligencia e imprudencia son sinónimos; o al menos términos no susceptibles de significar cosas claramente distintas, siempre que se produzca una imprudencia pilotando un vehículo de motor podrá hablarse de conducción negligente. También si es un episodio puntual. La infracción grave administrativa de la letra m) del artículo 76 LSV no sanciona solo una conducción negligente con cierta proyección temporal. También la negligencia momentánea encaja en esa falta. Si eso es así, habríamos arrebatao a la imprudencia leve todo espacio. En la graduación efectuada por el Código Penal la habríamos arrinconado hasta expulsarla del campo de juego: no existirían imprudencias de tráfico leves, lo que supondría una clara traición a la voluntad del legislador».

Pero esta interpretación judicial no satisfizo al legislador. Mejor dicho, en los términos del Preámbulo de la Ley Orgánica 11/2022, no satisfizo a:

«determinados colectivos como la Mesa Española de la Bicicleta, que han concluido la necesidad de proceder a una nueva reforma del Código Penal para evitar los resquicios de la ley que posibilitan que se archiven imprudencias menos graves cuando se produzcan lesiones o muerte tras la comisión de una infracción catalogada como ‘grave’ en [la Ley de Tráfico], y que, por rutina, los tribunales consideran ‘leves’ y por tanto no generadoras de responsabilidad penal, en uso de la facultad que les da la norma con esta redacción,

‘apreciada la gravedad de ésta por el juez o el tribunal (referida a la imprudencia menos grave)’.»

Y la solución ha sido, citando de nuevo el Preámbulo, introducir

«una modificación en el texto legal que no pretende restarle al juez la facultad de apreciar si se cometió una imprudencia, ni la de si se cometió o no una infracción administrativa grave de normas de tráfico, ni tampoco la de establecer el nexo causal entre el acto imprudente y el resultado de muerte o lesiones relevantes. Su finalidad es reforzar el espíritu que animó la reforma de 2019 y establecer *ope legis* que, en todo caso, si el juez o tribunal determinan que hubo una imprudencia conduciendo un vehículo a motor o ciclomotor concurriendo una infracción grave de las normas de circulación de vehículos a motor y seguridad vial y, como consecuencia derivada de esta infracción, se produjo la muerte o lesiones relevantes, la imprudencia ha de ser calificada, como mínimo, como imprudencia menos grave, pero nunca como leve si las lesiones son relevantes o se causa la muerte, de modo que se considere objetivamente delito si el causante comete una infracción calificada como grave por [la Ley de Tráfico].»

Lo que quiere el legislador es, pues, precisamente lo que el Tribunal Supremo había calificado con mucha razón como una absurda «expulsión del campo de juego» de la imprudencia leve en materia de tráfico: que el juez deba condenar en todo caso por homicidio o lesiones por imprudencia (como mínimo) menos grave si la muerte o las lesiones resultan objetivamente imputables a cualquiera de las infracciones enumeradas en el artículo 76 de la Ley de Tráfico, incluyendo la «conducción negligente» contemplada en su letra m). Sin embargo, lo cierto es que la nueva definición de la imprudencia menos grave en el ámbito del tráfico rodado que se ha introducido con la Ley Orgánica 11/2022 no es en absoluto tan taxativa. De acuerdo con los artículos 142.2 y 152.2 del Código Penal actualmente vigentes,

«se reputará en todo caso imprudencia menos grave aquella no calificada como grave en la que para la producción del hecho haya sido determinante la comisión de alguna de las infracciones graves de las normas de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial. La valoración sobre la existencia o no de la determinación deberá apreciarse en resolución motivada.»

A mi juicio, la nueva redacción sigue (por fortuna) dejando un margen considerable a la valoración judicial de la gravedad de la conducta en el caso concreto. El tipo no dice –porque en tal caso sería seguramente inconstitucional– que «se apreciará imprudencia menos grave en caso de comisión de algu-

na de las infracciones graves de las normas de tráfico, *debiendo abstenerse el juez penal de cualquier valoración sobre si la gravedad de la conducta es suficiente para considerarla penalmente relevante*». La cláusula «apreciada la gravedad de ésta por el juez o tribunal» introducida en 2019, y que el legislador ha querido suprimir con la reforma de 2022, puede, en realidad, considerarse implícita también en la nueva definición.

Ciertamente, ello supondría llevar a cabo una interpretación de la norma totalmente desvinculada de su Preámbulo, haciendo abstracción también de sus antecedentes legislativos. Pero habría, en mi opinión, argumentos suficientes para defenderla. Bastaría con hacer referencia a la necesidad de una lectura conforme con la Constitución y con volver a señalar, como hacía la Sala Segunda del Tribunal Supremo en la sentencia citada, el absurdo que supondría tener que afirmar que hay delito *siempre* que una «conducción negligente» [art. 76.m) de la Ley de Tráfico] provoca una muerte o unas lesiones; en otras palabras, que *no existe* la imprudencia leve en el ámbito del tráfico rodado.

Es probable, sin embargo, que los tribunales no se atrevan a contradecir tan frontalmente la *voluntas legislatoris* expresada en el Preámbulo de la Ley Orgánica 11/2022. Pero me atrevo a vaticinar que, en este caso, se llegará a las mismas conclusiones por una vía mucho más opaca; una vía a la que, de hecho, invita directamente el legislador con su insistencia en que la infracción de tráfico haya resultado «determinante» para el resultado de muerte o lesiones: la de la imputación objetiva. Se dirá, así, que al haberse cometido una de las infracciones del artículo 76 de la Ley de Tráfico debe apreciarse *necesariamente* imprudencia menos grave, pero se terminará negando de una forma u otra la existencia del «nexo de imputación» entre la infracción y el resultado en todos los casos en los que el juez sencillamente considere que la conducta no es lo suficientemente grave para merecer un reproche penal¹⁸.

IV. LA PERSEGUIBILIDAD DE OFICIO DEL HOMICIDIO POR IMPRUDENCIA MENOS GRAVE COMETIDO UTILIZANDO UN VEHÍCULO A MOTOR O UN CICLOMOTOR

La última de las reformas del Código Penal introducidas a través de la Ley Orgánica 11/2022 de las que voy a ocuparme en este trabajo rompe parcialmen-

¹⁸ En la práctica, los resultados serán en todo caso razonables. Pero será una mala noticia para todos los que pensamos que la teoría de la imputación objetiva debe ser algo más que un «cajón de sastre» en el que todo cabe mientras el papel lo aguante.

te con la tradición legislativa, iniciada en 1989, conforme a la que se deja en manos de las concretas víctimas –y, por tanto, en muchas ocasiones, al albur de que estas hayan sido indemnizadas extraprocesalmente por el autor o su aseguradora– la persecución penal del homicidio y las lesiones por imprudencia no grave. El homicidio por imprudencia menos grave producido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor pasa a ser un delito perseguible de oficio.

A mi juicio, esta reforma no es, en sí misma, criticable, sino todo lo contrario: como argumenté en el apartado II, si el legislador estima que estas conductas son lo suficientemente graves como para criminalizarlas, entonces lo coherente es que la satisfacción del interés público en su persecución no pueda quedar en manos de las víctimas concretas. Lo que se me escapa, sin embargo, es qué ha podido llevar al legislador a limitar la reforma a los homicidios imprudentes cometidos *utilizando un vehículo a motor o ciclomotor*, en lugar de extenderla al resto de homicidios por imprudencia menos grave. La diferencia entre el homicidio y las lesiones puede justificarse aludiendo a la mayor gravedad de una conducta respecto de otra¹⁹. ¿Pero qué singulariza al ámbito del tráfico rodado para justificar la diferencia entre unos homicidios imprudentes y otros? Si dejamos al margen una presión mediática que, en rigor, debería resultar indiferente a un legislador penal preocupado por algo más que por el rédito político, ¿acaso es necesariamente más grave matar pilotando un vehículo que manejando un bisturí? ¿O un arma? Me parece que la respuesta cae por su propio peso.

V. REFLEXIÓN FINAL

Recapitulando telegráficamente, de las tres reformas introducidas por la Ley Orgánica 11/2022 analizadas en este trabajo:

- i. La primera supone la culminación del despropósito legislativo iniciado en 1989: se rebaja la pena de una conducta, a su vez criminalizada con el solo propósito de que las víctimas puedan reclamar sus indemnizaciones en el proceso penal, únicamente para que puedan hacerlo sin abogado y procurador.
- ii. La segunda obliga a los tribunales a hacer algo tan absurdo que estos probablemente encontrarán la forma (directa o encubierta) de desobedecer al

¹⁹ Aunque entonces lo coherente, como ya he señalado, sería despenalizar las lesiones por imprudencia menos grave.

legislador: calificar «objetivamente» como delito cualquier conducción negligente a la que resulte imputable una muerte o unas lesiones.

iii. Y la tercera deshace parcialmente el tan citado despropósito, regresando a la perseguibilidad de oficio del homicidio por imprudencia menos grave cometido utilizando un vehículo a motor o ciclomotor; pero la medida resulta tan aparentemente arbitraria que no puede más que generar perplejidad.

Solo puede concluirse afirmando que reformas como esta probablemente se evitarían si se legislara escuchando a maestros como el Profesor de Vicente Remesal en lugar de a la Mesa Española de la Bicicleta.

CAPÍTULO LXXX

MANIPULACIONES PERMITIDAS EN LOS MERCADOS DE VALORES

JOSÉ MANUEL PAREDES CASTAÑÓN

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Oviedo. Patrono de la FICP

I. El presente trabajo tiene por objeto examinar, al hilo de un caso problemático de actuación por parte de empresas de servicio de inversión e instituciones de inversión colectiva, un problema que recientemente ha recibido atención en la doctrina penal española, aunque planteado en términos fundamentalmente teóricos: el de las fuentes de aquellas normas permisivas que crean espacios para un comportamiento peligroso permitido libre¹. Cuestión que, a mi entender, obliga a someter a discusión la relación que debe existir entre normas jurídicas y normas sociales que regulan un mismo ámbito de actividad.

El caso que utilizaré para analizar el tema tiene lugar en el ámbito de los mercados secundarios de títulos-valores. Estos mercados poseen dos características económicas que los vuelven particularmente interesantes para nuestro objeto: 1.^a) son mercados con claros rasgos oligopólicos y de competencia monopolista²; y 2.^a) la información relevante (acerca de la valoración de los títulos ofrecidos y de la previsible evolución de sus cotizaciones) de la que

¹ Vid. PASTOR MUÑOZ, Nuria: Riesgo permitido y principio de legalidad, Barcelona, Atelier, 2019; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: El riesgo permitido en Derecho penal económico, Barcelona, Atelier, 2022, los dos con ulteriores referencias. (Ya anteriormente, aunque de un modo más fragmentario y casuístico, SILVA SÁNCHEZ, J-M. (dir.): ¿Libertad económica o fraudes punibles?, Madrid, Marcial Pons, 2003).

² Me ocupé de analizar esta característica para el caso español en PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: Problemas de tipicidad en las conductas de manipulación de precios de los mercados de valores, en DEMETRIO CRESPO, Eduardo (dir.): Crisis financiera y Derecho penal económico, Madrid, Edisofer/BdeF, 2014, pp. 798-800.

disponen tanto intermediarios como demandantes es en todo caso limitada y costosa³. Precisamente, esta última característica es la que abre la posibilidad de arbitraje; y, con ello, de que sea posible especular con los precios de los títulos⁴. Por otro lado, la estructura oligopólica del mercado y su desenvolvimiento a través de intermediarios de los demandantes y de los oferentes hace que el riesgo se disperse, en forma de externalidades positivas o negativas: no solo los agentes que operan en el mercado se ven afectados por los rendimientos de las operaciones, sino mucho otros sujetos (emisores de los títulos, inversores, sociedad en general,...).

II. Consideremos el caso siguiente (*Caso I*): la empresa de servicios de inversión *E* decide vender, por cuenta del inversor *I*, una cantidad masiva de activos, consistente en títulos-valores emitidos por la sociedad *S*. Dichos activos ni siquiera obraban en la cartera de *I* que administra *E*, sino que aquel los toma prestados (por ejemplo, de un fondo de inversión *F* –que, obviamente, cobra por ello una remuneración). Todo ello, en contra de la tendencia advertida hasta ese momento en el mercado; esto es, sin que dicha decisión esté justificada por la necesidad de proteger a *I* frente a un daño patrimonial. Por el contrario, el objetivo de *I* y *E* es provocar, con su venta masiva, una sustancial (aunque temporal) bajada en la cotización de los activos. Una vez producida dicha reducción en el precio, a las pocas horas, *E* recompra los activos y los devuelve a *F*. Merced a estas operaciones, *I* y *E* obtienen un beneficio importante: la diferencia entre el precio de venta y el precio de compra más la remuneración a *F*.

Se trata de un caso de venta en corto (uno de las conductas que, entre las habituales en los mercados de valores, suelen ser consideradas como potencialmente más problemáticas)⁵, con fines puramente especulativos.

III. ¿Cuál es la lesividad que se deriva de la conducta descrita? En principio, desde el punto de vista económico no tiene por qué haber ningún daño, ni a intereses individuales ni a intereses colectivos, puesto que en principio el bienestar social no tiene por qué verse reducido por el hecho de que *I* y *E* obtengan beneficios, a corto plazo, aprovechando la horquilla de precios que temporalmente es normal que exista cuando una orden de venta suficientemen-

³ RUBANO, Joel: *Trader Construction Kit*, 2.ª ed., Needham, Cephalopod, 2020, p. 63.

⁴ En economía financiera, existe arbitraje (traducción del término inglés «*arbitrage*» –¡nada que ver con el concepto procesal de «*arbitration*»!) en aquellas situaciones en las que es posible obtener rendimientos del hecho de que un mismo producto (un mismo título) sea valorado a precios diferentes en dos o más mercados: MARÍN, José A./RUBIO, Gonzalo: *Economía financiera*, Barcelona, Antoni Bosch, 2011, pp. 25-30.

⁵ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos: *La protección penal transnacional de los mercados financieros*, Madrid, Marcial Pons, 2014, pp. 88-95.

te significativa es ejecutada (por la diferencia entre el precio por el que el activo es vendido inicialmente y el precio por el que los demandantes que han observado la venta —y que no saben si la orden refleja alguna pérdida de valoración del activo— están dispuestos a comprarlo)⁶, mientras los precios acaban de ajustarse⁷. Ni tampoco parece que tenga por qué existir un daño a los patrimonios individuales de los demás inversores que sea imputable al comportamiento de *I* y de *E* (salvo que la venta en corto sea algo más que una mera venta), pues la eventual disminución patrimonial dependerá en buena medida de decisiones de los mismos sujetos perjudicados.

Si esto es así, entonces solamente hay dos razones en virtud de las que podría defenderse la existencia de lesividad en el *Caso 1*. La primera sería la existencia de un enriquecimiento injusto: *I* y *E* estarían obteniendo un beneficio económico «inmerecido», pues su único mérito sería haberse aprovechado de las limitaciones de información de los demás inversores. Dicho enriquecimiento constituiría una consecuencia disvaliosa de su acción. Sin embargo, esta conclusión difícilmente se compadece con la interpretación generalmente aceptada del principio general del Derecho de exclusión del enriquecimiento injusto, que exige, para que exista tal, que el enriquecimiento proceda de alguna acción realizada sin causa por el sujeto beneficiado sobre bienes o derechos sobre los que únicamente terceros tenían facultades⁸. Algo que no ocurre aquí, puesto que el enriquecimiento procede del desenvolvimiento normal de las compraventas acaecidas en el mercado⁹.

La segunda razón que puede aducirse para sostener que en el *Caso 1* también existe lesividad es que una conducta como la descrita constituye un su-

⁶ Vid. MARÍN/ ABRIL: *Economía financiera*, 2011, pp. 607-610.

⁷ Por supuesto, puede haber daño económico, si (*Caso 2*) *E* no respeta las medidas de cuidado estipuladas para la venta en corto por la legislación vigente (básicamente, por el Reglamento (UE) 236/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2012, sobre las ventas en corto y determinados aspectos de las permutas de cobertura por impago, pero también el art. 84 de la LMV) en materia de transparencia, de disponibilidad de los activos objeto de préstamo y compraventa para la liquidación y de garantías para el prestamista (caso en el que los patrimonios individuales de prestamistas y/o compradores de los activos podrían verse afectados); o las limitaciones establecidas en relación con las ventas en corto de deuda soberana (supuesto en el que podría verse afectada la estabilidad macroeconómica y, por consiguiente, el bienestar social). Pero el *Caso 1* examinado en el texto no es este, sino uno de venta en corto en el que se respetan todos los requisitos legales.

⁸ GORDLEY, James: *Foundations of Private Law*, New York, Oxford University Press, 2006, pp. 424-425.

⁹ De hecho, reputar en este caso la existencia de un enriquecimiento injusto solamente sería posible desde la perspectiva de la teoría del precio justo (a tenor de la cual la compraventa es una institución que debe operar en beneficio de las dos partes del contrato, de manera que ninguna de ellas debe obtener un beneficio extraordinario, el contrato deviene desigual y, por ende, injusto). Una teoría de hondas raíces en la ética cristiana (TOMÁS DE AQUINO: *Suma de Teología*, II-II, q. 77, art. 1 (ed. Regentes de Estudios de las Provincias Dominicanas de España, vol. III, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1998, pp. 594-595)), pero que posee implicaciones claramente antiliberales y que, además, carece de cualquier respaldo en nuestro Derecho positivo en el caso de los mercados de valores.

puesto de competencia desleal respecto de los demás inversores que operan en el mercado. Y que, por ello, aun no existiendo ninguna forma de daño económicamente evaluable, sí que hay una lesión del «orden socioeconómico»: esto es, una infracción de las normas de comportamiento económico moralmente correcto¹⁰. Este argumento parece especialmente plausible en el caso del ordenamiento jurídico español, a la vista de lo dispuesto en los artículos 2 a 7 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, que juridifican un importante grupo de tales normas que son relevantes aquí¹¹. Desde la perspectiva, pues, de la prevención de la competencia desleal, lo decisivo es la capacidad de la conducta de los agentes económicos para provocar error en sus clientes y/o en sus competidores, que volvería disvalioso el resultado así obtenido, no necesariamente por el efecto económico producido, pero sí por los procedimientos utilizados para obtenerlo¹². Principio general este que se ve reflejado asimismo en la regulación del abuso de mercado en el ámbito de los mercados de valores: en efecto, de acuerdo con el artículo 12 del Reglamento (UE) No. 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre el abuso de mercado, constituye una manipulación del mercado de valores «*ejecutar una operación, dar una orden de negociación o cualquier otra conducta que: (...) iii) crear, o poder crear, una señal falsa o engañosa sobre la oferta y demanda o sobre el precio de un instrumento financiero, en particular, emitiendo órdenes para iniciar o exacerbar una tendencia*»¹³.

¹⁰ BEATER, Axel: *Unlauterer Wettbewerb*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, pp. 3 ss.

¹¹ «*Se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida sobre alguno de los siguientes aspectos: (...) b) Las características principales del bien o servicio, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos (...)*», considerándose como tal incluso «*la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa*»

¹² GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio: Artículo 5. Actos de engaño, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto (dir.): *Comentarios a la ley de competencia desleal*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2011, pp. 115 ss.

¹³ Debe observarse además que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 23 del mencionado Reglamento de abuso de mercado, en el artículo 234.13 LMV y en el artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, las autoridades administrativas están obligadas en estos casos (a diferencia de lo que ocurre en la mayoría de las conductas de competencia desleal) a actuar de oficio, dado que se entiende, *ope legis*, que esta clase de actos de competencia desleal son de los que «*por falsear la libre competencia afecten al interés público*» (DÍEZ ESTELLA, Fernando: El artículo 3 LDC: falseamiento de la competencia por actos desleales, en BENEYTO, José María/ MAILLO, Jerónimo (dir.): *Tratado de Derecho de la competencia*, 2.ª ed., tomo I, Hospitalet de Llobregat, Wolters Kluwer, 2017, pp. 531 ss.). Más aún: de acuerdo con lo establecido en el artículo 5 de la Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado, los Estados miembros de la UE están obligados a sancionar penalmente dichas conductas de manipulación de mercado, al menos «*en los casos graves y cuando se haya cometido intencionalmente*».

IV. Así las cosas, la cuestión de si la conducta descrita en el *Caso I* puede resultar subsumible en alguna de las infracciones de manipulación de mercado¹⁴ depende principalmente de dos factores: 1.º) de la efectiva peligrosidad de dicha conducta para la competencia; y 2.º) en el caso de que exista una peligrosidad relevante, de que se pueda valorar que los autores (*I* y *E*) han actuado fuera del riesgo permitido, porque no han adoptado todas aquellas medidas de cuidado a las que estaban obligados.

Por lo que se refiere al primero de los requisitos, el riesgo que los sujetos que operan en el mercado están obligados a mantener bajo control en estos supuestos es de naturaleza comunicativa: el riesgo de que mediante sus actuaciones se cree o se transmita «una señal falsa o engañosa sobre la oferta y demanda o sobre el precio de un instrumento financiero»¹⁵. Se trata, por lo tanto, de la probabilidad de que las decisiones de comprar o vender cierta cantidad de un determinado activo por parte de *I* y de *E* sean razonablemente interpretadas por los demás agentes que operan en el mercado como indicio de la existencia de la perspectiva a corto plazo de una evolución significativa de la cotización del activo en cuestión; cuando, en realidad, no existen motivos económicos reales para esperar tal evolución. Es decir, el riesgo estriba en que los restantes agentes inferan, mediante su análisis técnico del mercado¹⁶,

¹⁴ Tres son las posibilidades, de mayor a menor gravedad: 1.ª) una infracción penal (art. 284.1.3.º CP), si la conducta es dolosa, causa «un grave impacto en la integridad del mercado» y, además, resulta también grave tanto por su monto (al menos dos millones de euros) como por el beneficio obtenido (al menos 250.000 euros); 2.ª) una infracción administrativa muy grave (art. 282.15 LMV), si, no habiendo responsabilidad penal, se trata, no obstante, de una operación significativa, por su monto o beneficios obtenidos, y provoca además una alteración relevante de la cotización; y 3.ª) una infracción administrativa grave (art. 295.13 LMV), cuando no concurren los requisitos para aplicar ninguna de las otras dos infracciones.

¹⁵ En efecto, ninguna de las tres infracciones a las que me estoy refiriendo tiene como objeto principal de protección el patrimonio de los inversores, sino el proceso de formación de los precios en el mercado, frente a los fallos de este cuando hay asimetrías informativas entre los agentes que participan en el mismo. Es decir, el bien jurídico protegido es de naturaleza supraindividual y el desvalor del hecho consiste en la distorsión significativa de las cotizaciones (PAREDES CASTAÑÓN, en DEMETRIO CRESPO (dir.), *Crisis financiera*, 2014, pp. 806-814), de manera que la peligrosidad de la acción se deriva de su capacidad para producir dicha distorsión. (Por lo demás, tras la última reforma, en 2019, ya no es cierto, como lo era con anterioridad, que se trate en todos los casos de un delito de peligro. Por el contrario, creo que la reforma ha incluido, equiparándolas en pena, conductas de lesión –las modalidades típicas previstas en las letras a) y c) del art. 284.1.3.º CP– y conductas de mero peligro concreto –la modalidad prevista en la letra b) del mismo precepto. De otra opinión, sin embargo, MAYO CALDERÓN, Belén: *Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores y a la sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural*, en ROMEO CASABONA, Carlos María/ SOLA RECHE, Esteban/ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel (coords.): *Derecho Penal. Parte Especial*, 2.ª ed., Granada, Comares, 2022, p. 436; GALÁN MUÑOZ, Alfonso: *Delitos contra el mercado y los consumidores*, en NÚÑEZ CASTAÑO, Elena/ GALÁN MUÑOZ: *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 198-199.)

¹⁶ El análisis técnico de los mercados de valores consiste en el análisis de la historia de la evolución de los precios de los valores dirigida a identificar tendencias previsible en dicha evolución y cambios en las mismas: RUBANO, *Trader*, 2020, p. 101.

la existencia de una tendencia del mercado allí donde en realidad solamente existe una convulsión momentánea, sin otro fundamento económico que el comportamiento de *I* y *E*.

La cuestión, por supuesto, es que, dado que no existe comunicación explícita entre *I* o *E* y el resto de los agentes que operan en el mercado, la peligrasidad de la conducta de aquellos depende de su aptitud para producir, razonablemente, dicha interpretación por parte de quienes observan su comportamiento: esto es, la conducta de *I* y *E* tiene que ser vista razonablemente como un indicio –en sentido semiótico estricto¹⁷– bastante creíble de un fenómeno aún invisible, pero real (el cambio de tendencia en la cotización del activo). Y para que dicha creencia inducida resulte razonable, es preciso que constituya una inferencia a la mejor explicación: que la mejor explicación disponible del hecho de que *I* y *E* hayan decidido vender es que resulta muy probable que la cotización de los activos de *S* vaya a bajar muy pronto¹⁸; es decir, la conducta de dichos sujetos ha de producir un efecto contextual de tal naturaleza, de cara a los observadores, que cambie la percepción de estos acerca de la situación del mercado¹⁹, al hacerles atribuir a aquellos la intención²⁰ de librarse de activos de baja calidad. Tal atribución de intenciones se basará en los esquemas usuales de atribución social de causalidad: dependiendo, pues, de lo coherente y distintivo que parezca el comportamiento de *I* y de *E* en esa ocasión, a la vista de su conducta en situaciones anteriores y, en general, del comportamiento habitual en ese mercado²¹ por parte de ese tipo de inversores²².

¹⁷ Un indicio es un signo que dirige la atención del receptor hacia una realidad oculta, en razón de la existencia de una conexión (generalmente causal) entre el objeto percibido y esta: CHANDLER, Daniel: *Semiotics. The Basics*, 3.ª ed., London/ New York, Routledge, 2017, pp. 50-54. En nuestro caso: el indicio de que *I* y *E* hayan decidido vender una cantidad tan grande de activos emitidos por *S* podría parecer que apunta a algún problema en la valoración de dichos activos.

¹⁸ DOUVEN, Igor: Abduction, en ZALTA, Edward N. (ed.): *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2021 [Disponible online: <https://plato.stanford.edu/entries/abduction/> Acceso: 29/8/2023].

¹⁹ Un efecto contextual existe cuando la información percibida cambia el contexto en el que la información es interpretada: SPERBER, Dan/ WILSON, Deirdre: *La relevancia*, trad. E. Leonetti, Madrid, Visor, 1994, p. 147.

²⁰ WILSON, Deirdre: *New directions for research on pragmatics and modularity*, *Lingua* 115, 2005, pp. 1133-1136.

²¹ KELLEY, Harold H.: *Causal Schemata and the Attribution Process*, en JONES, Edward N./ KANOUSE, David E./KELLEY, Harold H./NISBETT, Richard E./VALINS, Stuart/WEINER, Bernard: *Attribution: perceiving the causes of behavior*, Morristown, General Learning Press, 1972, pp. 151 ss.

²² RUBANO, Trader, 2020, p. 27, distingue, según el grado de aversión al riesgo, diferentes categorías de inversores: en un extremo del espectro están aquellos que participan día a día en el mercado, porque son productores (que recurren a él para financiarse y, si pueden, obtener además alguna rentabilidad adicional), por lo que procuran cubrir sus posiciones y son muy aversos al riesgo (*hedgers*); en el otro extremo están los especuladores, que intentan utilizar su capital para obtener el máximo de rentabilidad en el menor plazo de tiempo posible, de manera que se ven obligados a asumir un gran nivel de riesgo en sus decisiones; y, entre ambos extremos, se encuentran el resto de los inversores, que intentan combinar, de diversas

En definitiva, lo que todo ello significa es que la peligrosidad de la conducta del *Caso 1* no puede ser dada por supuesta, sino que depende principalmente del contexto de cada situación (cada mercado, cada inversor, cada operación); de factores pragmáticos, pues²³.

V. Ante este estado de cosas, una primera posibilidad teórica sería que el ordenamiento jurídico hubiese resuelto el problema directamente: ello sucedería si una venta en corto de las características de la descrita en el *Caso 1* estuviese explícitamente prohibida²⁴; o, asimismo, que existiera una norma permisiva que explícitamente permitiese cualquier venta en corto con fines especulativos. Sin embargo, como ocurre frecuentemente en el Derecho administrativo económico, los legisladores han optado en este caso más bien por utilizar cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados para intentar delimitar el ámbito de lo prohibido²⁵: así, se afirma que está prohibida la conducta que «*transmita o pueda transmitir señales falsas o engañosas*», que «*tenga o pueda tener el efecto de inducir a confusión o engaño a los inversores*» o que produzca el efecto de «*crear, o poder crear, una señal falsa o engañosa*». Desde luego, no se trata de expresiones cuyo significado pueda ser determinado de manera libérrima por el órgano aplicador del Derecho, sino que todas ellas poseen un núcleo semántico que resulta indisponible²⁶. Pero, ciertamente, la valoración de cuándo tienen lugar o no, en conductas como la

maneras la cobertura de sus posiciones y la rentabilidad (o sea, el riesgo), siguiendo distintos tipos de estrategias inversoras (vid. op. cit., p. 253 ss.).

²³ CHANDLER, Semiotics, 2017, pp. 232-242.

²⁴ El art. 23 del Reglamento sobre las ventas en corto faculta a la autoridad supervisora del mercado a «*prohibir o restringir la realización, por personas físicas o jurídicas, de ventas en corto del instrumento financiero en la mencionada plataforma de negociación, o limitar de cualquier otro modo las operaciones con tal instrumento financiero en esa misma plataforma, con objeto de prevenir una caída anómala del precio de dicho instrumento*». Así, por ejemplo, la CNMV española hizo uso de tal facultad en marzo de 2020, prohibiendo tales operaciones temporalmente en todos los mercados supervisados por dicho organismo (COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES: La CNMV prohíbe temporalmente la constitución o incremento de posiciones cortas netas sobre acciones cotizadas [Disponible online: <https://www.cnmv.es/Portal/verDoc.axd?t=%7Bec400229-cbc3-4ac7-a4b4-e7d18c5cdec2%7D> Acceso: 29/8/2023]).

²⁵ STOBER, Rolf: Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, 18.^a ed., Stuttgart, Kohlhammer, 2015, p. 52.

²⁶ ENGISCH, Karl: Einführung in das juristische Denken, 7.^a ed., Stuttgart, Kohlhammer, 1977, pp. 108-109. Como bien indican GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo/FERNÁNDEZ, Tomás Ramón: Curso de Derecho administrativo, tomo I, 20.^a ed., Las Rozas, Civitas/ Thomson Reuters, 2022, pp. 505-511, mientras que en los casos de ejercicio de discrecionalidad por parte de un órgano hay varias soluciones diferentes, y aun contrarias entre sí, que resultan todas ellas conforme a Derecho, no ocurre lo mismo cuando se trata de interpretar conceptos jurídicos indeterminados: aquí, dada la relativa vaguedad de la descripción legal, es cierto que el aplicador tiene más libertad de interpretación; pero ni puede ir más allá de lo que el núcleo semántico de la expresión legal permite, ni puede motivar su interpretación de cualquier modo (sino que tiene que referirse a dicho núcleo semántico, así como al contexto valorativo y teológico que da sentido a la introducción del concepto indeterminado en la norma), ni finalmente puede haber varias interpretaciones contradictorias entre sí como igualmente aceptables.

descrita en el *Caso 1*, demanda de dicho órgano un esfuerzo argumentativo particularmente intenso.

1. A este respecto, hay dos casos claros: 1.º) aquel (*Caso 3*) en el que *I* y *E* acompañan su operación de venta de activos de la difusión de noticias falsas en relación con dichos activos (caso claro de manipulación de mercados); y 2.º) aquel (más bien fantástico) en el que *I* se asegurase de que su operación iba acompañada de las suficientes aclaraciones y salvaguardas como para que nadie se llamase a engaño sobre la finalidad de la operación, supuesto (*Caso 4*) en el que obviamente no existiría conducta de manipulación²⁷. No obstante, el caso que nos interesa a nosotros es, justamente, el más problemático: aquel en el que la conducta de *I* y *E* resulta lo suficientemente ambigua como para que pueda ser interpretada razonablemente de varias maneras diferentes por el resto de inversores²⁸.

²⁷ El *Caso 4* es efectivamente más un caso fantástico que una posibilidad realista, puesto que, si *I* o *E* revelan explícitamente que su objetivo es especular, entonces la operación devendrá inútil.

²⁸ Estoy partiendo, pues, de la base de que ni el Reglamento de abuso de mercado, ni la Directiva sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado, ni el CP exigen, para la tipicidad de la conducta infractora, que la operación de compraventa sea simulada, sino que puede existir «*señal engañosa*» capaz de «*inducir a confusión o engaño a los inversores*» incluso si la operación es auténtica, con tal de que intencionadamente se cause una alteración artificial de las cotizaciones. En sentido similar, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María/ROBLES PLANAS, Ricardo/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos: Propiedad intelectual e industrial, mercado y consumidores, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (dir.): El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma, Las Rozas, La Ley, 2012, pp. 406-407, 412; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Mercados financieros, 2014, pp. 92-93; el mismo: El delito de manipulación de mercado, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 98-99, 106-108, 144-148; NIETO MARTÍN, Adán: Protección penal de la competencia y del mercado de valores, en DE LA MATA BARRANCO, Norberto J./DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo/LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio/NIETO MARTÍN: Derecho Penal económico y de la empresa, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 401-402; el mismo: Protección penal de la competencia, los mercados financieros y los consumidores (II), en GÓMEZ RIVERO, María del Carmen (dir.): Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial, II, 3.ª ed., Madrid, Tecnos, 2019, p. 276; DOVAL PAIS, Antonio/ANARTE BORRALLO, Enrique: Abuso de mercado, en BOIX REIG, Javier (dir.): Derecho Penal. Parte Especial, II, 2.ª ed., Madrid, Iustel, 2020, p. 536; ESTRADA I CUADRAS, Albert: Protección de la propiedad intelectual e industrial, del mercado y de los consumidores, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (dir.): Lecciones de Derecho Penal económico y de la empresa, Barcelona, Atelier, 2020, p. 545 (aunque manifiesta sus dudas sobre si político-criminalmente tal extensión de la tipicidad no resulta excesiva); GALÁN MUÑOZ, en NÚÑEZ CASTAÑO/GALÁN MUÑOZ, DPE, 2023, p. 198. De otra opinión, en cambio, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: Los delitos de manipulación del precio de cotización de un instrumento financiero del art. 284 CP tras la LO 1/2019: retos dogmáticos frente a un desatino legislativo, La Ley Penal 138, 2019 (reconociendo que su interpretación restrictiva se aleja del tenor literal del tipo, la propone por razones político-criminales); LUZÓN CÁNOVAS, Alejandro: Delitos relativos al mercado y a los consumidores, en CAMACHO VIZCAÍNO, Antonio (dir.): Tratado de Derecho Penal Económico, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 1115 (equipara «*señal engañosa*» con señal falsa, lo que en mi opinión no se justifica); MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: Derecho Penal económico y de la empresa. Parte Especial, 6.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 374-375 (aduce que el art. 5.2.b) de la Directiva habla de actuaciones «*mediante mecanismos ficticios o cualquier otra forma de engaño o artificio*» –sin embargo, la letra a) de ese mismo precepto emplea el concepto, mucho más amplio, de «*transmitir señales engañosas*»).

En supuestos como este, si, dadas las circunstancias concretas del caso, existe efectivamente riesgo de confusión, es preciso, para determinar si la conducta de *I* y de *E* debe ser subsumido en el tipo de manipulación de mercado, establecer si su conducta ha infringido o no su deber de conducta, por superar el riesgo permitido; y, por consiguiente, si existe desvalor objetivo de la acción²⁹. En efecto, ante una situación de riesgo, el ordenamiento frecuentemente atribuye al agente dos facultades de acción alternativas: bien no actuar de modo peligroso, o bien hacerlo, pero manteniendo el riesgo bajo control³⁰. En esta segunda alternativa, el agente no actúa de manera antijurídica si, aun creando un riesgo, se demuestra que hizo todo aquello que era posible y, además, razonable exigir para que la probabilidad del daño no fuese demasiado elevada³¹. De este modo, determinar si un agente ha cumplido o no con el deber de mantener el riesgo bajo control equivale, en la práctica, a determinar si su conducta ha cumplido o no con un conjunto de reglas de conducta: aquellas que, según el conocimiento probabilístico existente, intentan garantizar que no se creará una probabilidad de causación superior a la considerada aceptable³². Y si lo ha hecho con el suficiente grado de diligencia.

Ocurre, sin embargo, que en el caso que estamos examinando el ordenamiento jurídico no contiene ninguna norma que establezca de manera detallada y exhaustiva todas las medidas de cuidado que un operador del mercado ha de adoptar para evitar el riesgo de confusión para el resto de inversores que pudiera derivarse de sus operaciones especulativas. Por el contrario, lo único que existe es, además de las ya mencionadas cláusulas generales acerca de la prohibición de operaciones que den lugar a «señales engañosas», una segunda cláusula general que excluye dicha prohibición «*si quien ejecuta la operación, da la orden de negociación o efectúa cualquier otra conducta demuestra que los motivos de la operación, orden o conducta son legítimos y que estas se adecuan a las prácticas de mercado aceptadas*» (art. 13.1 del Reglamento de abuso de mercado)³³. Cláusula esta que ha de ser interpretada a la luz del con-

²⁹ Doy por supuesto que tanto *I* como *E* son perfectamente conscientes de los efectos que su decisión de vender puede tener en el mercado (hay, pues, desvalor subjetivo de la acción) y que, además, su comportamiento produce una alteración anormal en las cotizaciones (por lo que existe también desvalor del hecho).

³⁰ PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: El riesgo permitido en Derecho Penal, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, 1995, pp. 146-147.

³¹ PAREDES CASTAÑÓN, Riesgo permitido, 1995, pp. 147-148.

³² PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: La determinación del nivel de riesgo permitido: un caso de Derecho penal económico, RDPP 12, 2004, pp. 144-147.

³³ Vid., en sentido similar, el art. 5.1.a), *in fine*, de la Directiva sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado.

tenido del Anexo I del Reglamento y de los arts. 3-9 del Reglamento Delegado 2016/908 de la Comisión, que lo desarrolla.

Las disposiciones contenidas en estos preceptos hacen uso igualmente de conceptos jurídicos indeterminados para expresar los indicadores y criterios de valoración que hay que utilizar para decidir si una determinada operación debe ser considerada o no como una «*práctica de mercado aceptada*»³⁴. Así, el artículo 5 del Reglamento Delegado 2016/908 se limita a indicar, sin ulterior concreción, los datos que deben ser tomados en consideración para valorar si la operación puede afectar a la eficiencia y a la liquidez del mercado: volumen de la operación, velocidad de la misma, su carácter regular o aislado, número de órdenes, precio, fluctuación y volatilidad de las cotizaciones. Pero, luego, los artículos 6 y 9 del mismo Reglamento, para determinar el «*impacto en el correcto funcionamiento del mercado*»³⁵ de una operación así delimitada y las «*características estructurales del mercado*», se remite en todos los casos a juicios de probabilidad y de adecuación:

2. Por una parte, en efecto, se considera que no pueden ser prácticas de mercado aceptadas aquellas operaciones que, en virtud de sus características específicas, sea probable que «*influyan en los procesos de formación de los precios*» y que no faciliten la evaluación, por parte del resto de los inversores, de «*los precios y de las órdenes introducidos en la cartera de órdenes*». Como vimos, ambos juicios de probabilidad son en el fondo de naturaleza esencial-

³⁴ Además, la normativa citada en el texto establece un procedimiento para que los organismos supervisores –tanto los nacionales como el comunitario europeo– puedan declarar una determinada clase de operación como «*práctica de mercado aceptada*». En cuyo caso, obviamente, a partir del momento en que tenga lugar tal declaración, dichas operaciones quedarán excluidas del ámbito de aplicación de las prohibiciones legales del abuso de mercado y estarán permitidas (como ejercicio legítimo de la libertad de empresa, en virtud de la expresa autorización administrativa). Sin embargo, como la legislación no prevé un régimen de autorización previa para las operaciones peligrosas para la integridad del mercado (no estamos, pues, ante un caso de responsabilidad accesoria respecto de un acto administrativo), mientras la declaración no exista, seguirá siendo necesario valorar, conforme a los criterios reglamentarios, si concurren o no las condiciones para imputar una infracción de abuso de mercado (en el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ/ROBLES PLANAS/GÓMEZ-JARA DÍEZ, en SILVA SÁNCHEZ (dir.), Código Penal, 2012, p. 414; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: Imputación objetiva en el Derecho penal económico: el alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el Derecho penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María/MIRÓ LLINARES, Fernando (dir.): La teoría del delito en la práctica penal económica, Las Rozas, La Ley, 2013, p. 162; el mismo, La Ley Penal 138, 2019; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Manipulación de mercado, 2017, p. 117). (Aunque, por supuesto, el surgimiento *a posteriori* de una declaración de «*práctica de mercado aceptada*» produciría efectos extintivos sobre la eventual responsabilidad, en virtud del efecto retroactivo de la norma sancionadora posterior más favorable.)

³⁵ Impacto que es definido en los siguientes términos (art. 13.2.d) del Reglamento de abuso de mercado): «*si la práctica de mercado tiene en cuenta el mecanismo de negociación del mercado en cuestión y permite a los participantes del mercado reaccionar de forma adecuada y oportuna a la nueva situación del mercado creada por dicha práctica*», o no lo permite.

mente semiótica, relativos a los signos que las conductas emiten y a su interpretación por parte de quienes las observan. El problema es que, mientras que en el ámbito del control de riesgos físicos el conocimiento causal y probabilístico que fundamenta las reglas de cuidado posee casi siempre una base científica y, por ello, las prescripciones contenidas en estas poseen el máximo de justificación racional posible, cuando se trata de controlar riesgos sociales la solidez del conocimiento disponible disminuye sensiblemente: primero, porque, incluso cuando existen investigaciones científicas sobre el particular, las ciencias sociales adolecen de dificultades epistemológicas específicas³⁶, que hacen que sus teorías posean un menor grado de solidez; pero además porque la extensión del conocimiento científico-social es significativamente más reducida que la del conocimiento científico-natural, de manera que hay interacciones respecto de las cuales el conocimiento contrastado existente es pequeño o inexistente (de manera que resulta imprescindible recurrir al «*sentido común*», a las «*máximas de experiencia*»,... en suma, a un conocimiento práctico, culturalmente condicionado y extremadamente falible)³⁷. Así, en casos como el que aquí se examina (donde lo que está en discusión es la intención y la significación económica que es razonable atribuir a una conducta en principio ambigua), si bien disponemos de un cierto respaldo científico (en la Microeconomía, en la Teoría de juegos, en la Economía conductual³⁸ y en la Semiótica), bien que demasiado general en contenido y limitado en alcance, lo cierto es que una buena parte del problema ha de ser resuelto sobre la base de intuiciones, máximas de experiencia y principios de sentido común, acerca del riesgo de confusión previsible y evitable que generan ciertas operaciones.

Sobre esta base (ciertamente lábil), y siguiendo las indicaciones que la propia legislación contiene, creo que hay que entender que cualquier actuación

³⁶ En concreto (vid., por todos, RISJORD, Mark: *Philosophy of Social Science. A Contemporary Introduction*, New York/ London, Routledge, 2014, pp. 42 ss., 208 ss.): apenas se han identificado leyes científicas en el ámbito de la realidad social que resulten universalmente aplicables sin importantes cualificaciones; predominan, por el contrario, las explicaciones causales meramente parciales y las cláusulas *ceteris paribus*; y, en fin, muchos aspectos relevantes de la realidad social no se dejan aprehender fácilmente a través de los métodos empíricos más acreditados, sino que demandan, para ser explicadas, una actividad interpretativa –siempre discutible– por parte del observador.

³⁷ Sobre el sentido común como marco cultural de interpretación de la realidad, vid. HERZFELD, Michael: *Common Sense, Anthropology of*, en WRIGHT, James D. (ed.): *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, 2.^a ed., IV, Amsterdam, Elsevier, 2015, pp. 258 ss. Sobre las máximas de experiencia no basadas en conocimiento científico como «generalizaciones espurias» (esto es, sin justificación epistemológica suficiente) que hay que emplear con extrema cautela para la toma de decisiones, vid. TARUFFO, Michele: *Consideraciones sobre las máximas de experiencia*, en el mismo: *Páginas sobre la justicia civil*, trad. M. Aramburo Calle, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 444-445, 450-453.

³⁸ Vid., por todos, BURTON, Edwin T./SHAH, Sunit N.: *Behavioral finance*, Hoboken, Wiley, 2013, pp. 33 ss.

como la descrita en el *Caso I* resulta potencialmente subsumible en el abuso de mercado si: 1.º) es realizada en un mercado secundario que no se caracteriza por una elevada frecuencia de operaciones especulativas similares; 2.º) es emprendida por un inversor que no aparece claramente identificado en el mercado como un especulador; 3.º) es emprendida por un inversor importante (por el volumen de activos que habitualmente negocia); 4.º) la decisión de venta de activos resulta, vista la situación económica general, la del mercado y la de la sociedad *S* y sus activos, completamente inesperada; 5.º) la operación es única (aprovechamiento de la sorpresa); 6.º) el monto de la operación es masivo (en relación con el volumen total de activos negociados en ese mercado, o de los activos de la sociedad *S* que se negocian); 7.º) el período de ejecución de toda la operación (incluyendo tanto la venta inicial como la posterior recompra) dura el tiempo suficiente para que otros inversores reaccionen; y 8.º) no se adopta por parte de *I* y de *E* ninguna medida precautoria para evitar que otros operadores se vean inducidos por su operación también a vender sus activos de *S*.

Los criterios que se acaban de exponer se basan, en parte, en el conocimiento científico disponible acerca de cómo suele ser percibida la información prominente por parte de quienes observan una conducta. Pero, ciertamente, en otra parte también se apoyan en máximas de experiencia (falibles) relativas al comportamiento esperable de los agentes que operan en un mercado de valores.

3. Por lo demás, estos criterios no son completamente precisos, pues realmente en algunos de ellos no se identifica completamente la clase de acciones prescritas: así ocurre en el caso de los criterios 1.º, 2.º y 3.º. Pues, en definitiva, las prescripciones contenidas en estos tres criterios incluyen cláusulas de diligencia: 1.^a) no hagas ventas en corto especulativas en mercados donde ello sea infrecuente; 2.^a) no hagas ventas en corto especulativas si no es fácilmente perceptible que lo es; y 3.^a) no hagas ventas en corto especulativas si nadie podía razonablemente esperar tal operación. Ciertamente, la inclusión de dichas cláusulas no es explícita, sino subrepticia, al incorporarse a las acciones que el sujeto ha de realizar como consecuencia de los deberes derivados que les son impuestos: 1.^a) investiga (*diligentemente*) si la venta en corto especulativa es algo habitual en ese mercado; 2.^a) prevé (*diligentemente*), antes de realizar la venta en corto especulativa, cómo será entendida por el resto de los operadores; y 3.^a) investiga (*diligentemente*) si la venta en corto especulativa que pretendes realizar podía ser esperada por terceros o va a resultar completamente sorpresiva.

El efecto de la inclusión de cláusulas de diligencia en la formulación de los deberes de cuidado es que resulten necesarios criterios adicionales a la misma regla de conducta para determinar si el sujeto obligado a realizar las

acciones prescritas las ha realizado además con el suficiente grado de esfuerzo orientado a lograr el resultado perseguido (conocer el efecto comunicativo de la operación que planea): es decir, si sus acciones de investigar y de prever pueden ser consideradas como racionales y óptimas³⁹. Lo que ocurre es que, como antes señalé, el conocimiento teórico en el que podemos basarnos, para establecer si una determinada decisión es o no una decisión óptima, resulta en este caso notoriamente endeble, pues aunque exista una pequeña base científica, buena parte del mismo no consiste más que en máximas de experiencia, más o menos compartidas por quienes actúan habitualmente como operadores en el mercado de valores de que se trate, acerca de lo que suele ocurrir, lo que es normal que suceda, lo que seguramente otros pensarán... De manera que no existe ninguna garantía de que los juicios de probabilidad que en el *Caso I* puedan realizar *I* y *E*, antes de adoptar la decisión de vender en corto los activos de *S*, sean verdaderamente acertados.

4. En estas condiciones de incertidumbre⁴⁰, la mejor alternativa disponible –la menos mala⁴¹– para llevar a cabo el juicio de valoración objetiva de la acción parece ser recurrir a una heurística⁴². Y, en concreto, a la heurística de la representatividad⁴³. En este caso, la utilización de dicha heurística sirve para juzgar la probabilidad de que, dadas las características del mercado, del inversor *I*, de la empresa de servicios de inversión *E*, de la sociedad *S* y del momento, la operación de venta en corto del *Caso I* produzca una distorsión

³⁹ PAREDES CASTAÑÓN, RDPP 12, 2004, pp. 149-151.

⁴⁰ En teoría de la decisión, se entiende que una decisión se adopta en condiciones de ignorancia cuando el sujeto conoce los diferentes resultados alternativos que podrían derivarse de su acción, pero es incapaz de asignar un grado de probabilidad preciso a cada uno de ellos: PETERSON, Martin: *An Introduction to Decision Theory*, 2.ª ed., Cambridge Cambridge University Press, 2017, p. 41.

⁴¹ En efecto, como señala RESNIK, Michael D.: *Elecciones. Una introducción a la teoría de la decisión*, trad. S. Villarrea/B. Rodríguez, Barcelona, Gedisa, 1998, pp. 74, 78, realmente no existe ningún criterio de decisión óptimamente racional en condiciones de ignorancia que sea generalmente aceptado, sino que se han propuesto varios distintos y contradictorios entre sí. En esta situación, parece que exigir al ciudadano (en nuestro ejemplo: a *I* y a *E*) que opte obligatoriamente por uno de dichos criterios para delimitar sus deberes de cuidado (so pena de que su conducta sea calificada como típica) resultaría excesivo, dada la falta de base legal y la dificultad técnica que entrañaría para el individuo obligado.

⁴² En Psicología y en Teoría de la Decisión, se entiende por heurística un procedimiento predeterminado (compuesto por un número limitado de pasos) y meramente aproximativo de razonamiento y decisión, basado en máximas de experiencia, que permite, en un tiempo razonable y empleando recursos limitados, llegar a conclusiones; conclusiones ciertamente inseguras, pero que en un porcentaje importante de casos se revelan, no obstante, correctas. Se trata, pues, de una suerte de *second best*, elegible allí donde un proceso óptimamente racional resulta inviable, por falta de información o por falta de tiempo (RIESKAMP, Jörg/ HOFFRAGE, Ulrich: *When Do People Use Simple Heuristics, and How Can We Tell?*, en GIGERENZER, Gerd/ TODD, Peter M./ ABC RESEARCH GROUP: *Simple Heuristics That Make Us Smart*, New York, Oxford University Press, 1999, pp. 142, 164-166).

⁴³ Juzgar acerca del grado de probabilidad de un evento cuya probabilidad se desconoce sobre la base de su semejanza con otro, prototípico, cuya probabilidad sí que se cree conocer: PLOUS, Scott: *The Psychology of Judgment and Decision Making*, New York, McGraw-Hill, 1993, pp. 109-110.

significativa en las cotizaciones, atendiendo a la medida en la que dichas circunstancias se asemejan a las prototípicas de alteración de cotizaciones y de perturbación del mercado; más exactamente, para determinar si la conducta de *I* y de *E* resulta, en ese contexto, razonablemente cuidadosa para evitar dicha perturbación.

En la práctica, el empleo de la heurística de la representatividad conduce a la idea de adecuación social, como base para determinar el riesgo permitido⁴⁴. Aunque no con el sentido que a dicho concepto suele atribuirse en la dogmática penal (que, en esencia, sigue siendo el propuesto por Welzel)⁴⁵. En efecto, mientras que el uso habitual de la idea de adecuación social para delimitar el ámbito de la antijuridicidad obedece fundamentalmente a razones normativas de naturaleza ético-social o política (es decir, a los límites morales y políticos que se desea imponer a la potestad del ordenamiento jurídico de prohibir conductas)⁴⁶, en nuestro caso hablar de adecuación social es una forma sintética de referirnos a un conjunto de hechos sociales sobre los que (en ausencia de información suficiente) apoyar el juicio de probabilidad acerca de las consecuencias previsibles de una determinada actuación de mercado, como la descrita en el *Caso I*, y de razonabilidad sobre si en ella las medidas de cuidado adoptadas fueron –probablemente– suficientes. (Nótese que el primero es un juicio de probabilidad, puramente cognoscitivo, sobre hechos. Y que el segundo, que es un juicio normativo, sobre decisiones, es un juicio de optimalidad instrumental –no de corrección moral.)

Así, dado que, como hemos visto, considerar o no una conducta –como la del *Caso I*– de venta en corto puramente especulativa como una manipulación de mercado antijurídica depende de su efecto comunicativo sobre el resto de agentes que operan en el mercado, la valoración de dicho efecto solo puede hacerse (en ausencia de una información más rica) tomando en consideración las expectativas de aquellos (sus creencias acerca del comportamiento esperable del resto de sujetos con los que interactúan)⁴⁷; y la medida en que el mensaje percibido por ellos en la conducta de *E* y de *I* pueda –probablemente–

⁴⁴ Justamente por esta necesidad de recurrir a criterios sociologistas para acabar de determinar el riesgo jurídicamente permitido es por lo que no me convence una diferenciación tajante entre riesgo permitido (por normas jurídicas) y adecuación social (riesgo permitido por normas sociales), que conceptualmente es clara, pero que en la práctica creo que no funciona demasiado bien, porque, en definitiva, muchas normas jurídicas se remiten, explícita o implícitamente, a normas sociales, a convenciones, a usos sociales, etc. Vid., sin embargo, SILVA SÁNCHEZ, *Riesgo permitido*, 2022, pp. 22-27.

⁴⁵ WELZEL, Hans: *Studien zum System des Strafrechts*, ZStW 58, 1939, pp. 516-517.

⁴⁶ Vid., por todos, RUPPERT, Felix: *Die Sozialadäquanz im Strafrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2020, pp. 218 ss.

⁴⁷ CORDERO QUIÑONES, Pedro: *Expectativas*, en GINER, Salvador/LAMO DE ESPINOSA, Emilio/TORRES, Cristóbal (eds.): *Diccionario de Sociología*, Madrid, Alianza Editorial, 1998, p. 286.

confirmar o desmentir dichas expectativas⁴⁸. Las expectativas sobre el comportamiento ajeno se forman sobre la base del rol social que se atribuye al individuo o grupo al que se está observando, según la posición que se les atribuye en la estructura social⁴⁹. Y dicho rol, a su vez, depende básicamente de los usos sociales que vuelven previsibles las acciones de quienes operan habitualmente en un determinado mercado.

Obsérvese que los usos sociales son patrones de comportamiento que solo en el sentido más débil pueden ser considerados como normativos. En efecto, son formas de actuar que, ciertamente, la mayoría de los agentes que participan en una determinada clase de interacción social están dispuestos a seguir. Pero esta disposición es tan solo condicional: depende de que exista la necesidad de coordinar la propia conducta con la de otros; y, sobre todo, depende de que se tenga una expectativa sólida de que los terceros van a seguir también el mismo patrón de comportamiento, de manera que, de este modo, siguiendo todos el mismo patrón, será posible coordinar efectivamente las conductas de unos con las de los otros. Así pues, la conformidad de las conductas con los usos sociales no tiene que ver con razones morales, y menos aún jurídicas, sino únicamente con la razón instrumental de, allí donde la interacción es inevitable, coordinar conductas individuales⁵⁰.

De este modo, utilizar el criterio de lo socialmente usual para determinar el alcance de la conducta antijurídica significa, en definitiva, ligar el juicio de valoración objetiva de la acción a consideraciones de normalidad: lo que es usual –y, por ende, normal– hacer en un determinado espacio de interacción social por parte de quienes en ellos intervienen pasa a ser considerado como una conducta jurídicamente permitida. Y ello, incluso aunque resulte ser una conducta claramente dañosa; e incluso si se trata de una conducta que desde muchos puntos de vista (señaladamente, desde la perspectiva de lo que era posible hacer para proteger mejor el bien jurídico) podría ser considerada como negligente...

Me parece evidente que, por ello, el recurso a los usos sociales tan solo puede tener cabida en el juicio de antijuridicidad en los casos en los que ningún otro criterio alternativo de valoración de la conducta está disponible: generalmente, como hemos visto, por carecer de un conocimiento teórico sólido

⁴⁸ Es lo que predice la teoría de la violación de expectativas: GRIFFIN, Em/LEDBETTER, Andrew/SPARKS, Glenn: *A First Look at Communication Theory*, 10.^a ed., New York, McGraw-Hill, 2019, pp. 82-87.

⁴⁹ Es el rol socialmente prescrito (atribuido): PIZARRO, Narciso: *Tratado de metodología de las ciencias sociales*, Madrid, Siglo XXI, 1998, p. 188.

⁵⁰ BICCHIERI, Cristina: *The Grammar of Society*, New York, Cambridge University Press, 2006, pp. 29-34.

acerca de esa parte de la realidad social, y/o por falta de información suficiente acerca de la concreta situación que ha de ser valorada⁵¹. Ello ocurrirá especialmente en espacios de interacción social que –como, precisamente, los mercados de valores– se caracterizan por su opacidad informativa (cada sujeto que opera en un mercado de valores tiene claros incentivos para no revelar la información de que dispone, puesto que esta le puede proporcionar netas oportunidades de negocio) y por la insuficiencia del conocimiento acerca de cómo funcionan en el nivel micro-social y en el corto plazo (aunque en Economía financiera disponemos de teorías contrastadas sobre el proceso de formación de precios de equilibrio en los mercados financieros, ni estas teorías ni las de la Economía conductual son capaces de predecir todas y cada una de las actuaciones que cualquier operador del mercado puede llevar a cabo en el curso de su actividad).

VI. Consideremos, para terminar, un ejemplo concreto de aplicación de los criterios propuestos:

1. Aunque la cuestión no es completamente pacífica en teoría económica, parece existir evidencia empírica y teórica suficiente para ser escépticos acerca de la idea de que en un mercado financiero la evolución de los precios de los activos posee un impulso propio (*price momentum*) que hace que aquellos cuya cotización sube siga subiendo por bastante tiempo y aquellos que empiezan a bajar lo hagan también de manera duradera. Pese a ello, lo cierto es que los fondos de inversión libre (*hedge funds*) utilizan esta teoría de forma habitual para adoptar sus decisiones de inversión⁵². Debido a ello, una decisión como la adoptada por *I* y *E* en el *Caso 1* puede producir fácilmente entre

⁵¹ En cambio, la utilización, para determinar el desvalor objetivo de una acción, de la adecuación social en sentido estricto (tomando, pues, como criterio de valoración no meros hechos, sino normas sociales, es decir, patrones de conducta considerados equitativos, que corrigen lo que sería un resultado espontáneo de la interacción: BICCHIERI, *Grammar*, 2006, pp. 22-23) resulta mucho más problemática, al menos si se hace en sede de interpretación, cuando no existe una remisión expresa de ninguna norma jurídica a dichas normas sociales. Pues las reglas de conducta que así surgen plantean tres tipos de objeciones (PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, 1995, pp. 321 ss.): 1.^a) falta de precisión; 2.^a) falta de justificación epistemológica suficiente (cuando el conocimiento en el que se basa no es científico); y 3.^a) falta de legitimidad (cuando las reglas de conducta reflejan principalmente las estructuras de poder social y la ideología hegemónica). Vid. en SILVA SÁNCHEZ, *Riesgo permitido*, 2022, pp. 27 ss., una serie de ejemplos concretos de este desajuste. Por lo demás, recurrir a un concepto hipernormativizado de adecuación social (que se remita a la «identidad normativa» de la sociedad o de un sector de la misma: PASTOR MUÑOZ, *Riesgo permitido*, 2019, pp. 105 ss.), a mi entender, no hace más que agravar el problema, puesto que deja en manos de los aplicadores del Derecho una decisión prácticamente libre, ya que la interpretación de cuáles sean los «principios rectores» de la sociedad o de cualquiera de sus sectores, en ausencia de un conocimiento científico-social que la respalde, tiene más que ver con un ejercicio ideológico que cualquier forma de conocimiento y decisión racionales.

⁵² BURTON/ SHAH, *Behavioral finance*, 2013, pp. 167 ss.

ellos –si es que tienen una presencia relevante en el mercado– un efecto de rebaño, que les lleve a seguir el ejemplo y a realizar sus propias operaciones de venta en corto; produciendo así un efecto acumulativo de perturbación muy significativa en las cotizaciones de los activos emitidos por *S*. Pese a ello, creo que tal conducta no debe en ningún caso ser considerada como manipulación de mercado antijurídica si el objeto de negociación no son acciones emitidas por *S*, sino –por ejemplo– contratos por diferencias⁵³, por constituir una forma de comportamiento habitual por parte de dichos fondos y tratarse de un activo conocidamente de alto riesgo.

2. En cambio, si *I* posee en principio el perfil de un inversor no especulativo –de un *hedger*– y el activo objeto de negociación son acciones comunes emitidas por *S*, por lo que no resultaba esperable que se decidiese a vender los activos simplemente para obtener una rentabilidad y una liquidez inmediatas, habrá razones para calificar su comportamiento como una manipulación de mercado, que solamente dejaría de ser antijurídica en virtud de su insignificancia (porque *S* sea una sociedad cotizada apenas relevante, porque el volumen de la operación de *I* sea comparativamente ínfimo, porque ese tipo de ventas en corto sea algo habitual en el mercado) o si se hubiesen adoptado medidas extraordinarias de cuidado (si la operación era esperable), pero no por otras razones.

⁵³ Contratos en los que dos operadores del mercado acuerdan intercambiarse la diferencia entre el precio actual de un activo subyacente y el precio del mismo cuando el contrato se cierre (European Securities and Markets Authority: Contratos por Diferencias (CFD), 2023 [Disponible online: http://www.cnmv.es/DocPortalInv/OtrosPDF/ES-CFD_warning_.pdf Acceso: 15/9/2023]).

CAPÍTULO LXXXI

EL AUTOENCUBRIMIENTO EN DERECHO PENAL ECONÓMICO. A PROPÓSITO DEL FALSEAMIENTO DE CUENTAS PARA OCULTAR DELITOS PATRIMONIALES

NURIA PASTOR MUÑOZ
Profesora Agregada de Derecho penal.
Universidad Pompeu Fabra. Barcelona¹

I. EL PROBLEMA

Los responsables de un delito suelen borrar las huellas del hecho que podrían servir de prueba contra ellos en un eventual proceso penal. Así, el asesino limpia la sangre y sus huellas dactilares, amenaza a los testigos, se fuga o toma ya medidas durante la ejecución para eliminar la prueba (usa guantes o pasamontañas). Pues bien, en Derecho penal económico, las conductas dirigidas a borrar las propias huellas suelen ser, además de un acto de autoencubrimiento, constitutivas de un delito distinto. Aquí no hacen falta trapos para limpiar la sangre, sino facturas y cuentas falsas. Ej.: El administrador de una sociedad S1 se transfiere un importe de las cuentas de la sociedad a las de otra entidad S2, que le pertenece y cubre documentalmente la transferencia con varias facturas falsas en las que consta que S1 ha abonado a S2 los honorarios por un de asesoramiento financiero (en realidad, inexistente), gasto que anota en las cuentas.

¹ Proyecto de la AEI «La imputación subjetiva en el Derecho penal económico» PID2020-115863GB-I00/MICIU/AEI/10.13039/501100011033.

Nuestro Derecho positivo contempla el fenómeno de las conductas dirigidas a ocultar la propia responsabilidad penal conforme a dos principios. Así, rige el principio de la *impunidad del autoencubrimiento* real y personal. Las razones de dicha impunidad han sido objeto de intensa discusión, la cual se añade al tradicional debate sobre la naturaleza del encubrimiento². Este se define aquí como un injusto consistente en dificultar (no necesariamente en impedir³) la función de la Administración de Justicia (en lo que sigue: AJ) de restablecer el ordenamiento jurídico mediante el enjuiciamiento de los hechos y, en su caso, la imposición de la pena (respuesta a necesidades normativas y psicosociales) y declarar, si la hay, la responsabilidad civil. Sea como fuere, a quien ha cometido un delito no se le impone el deber de colaborar con la AJ dejando a la vista las pruebas de su hecho, quedándose a disposición de esta u omitiendo el aprovechamiento de los frutos del delito. ¿Por qué queda el delincuente (y lo mismo podría decirse de sus allegados) libre de tal deber? Según algunos, el autoencubrimiento es un «*typisches Nachtatverhalten*» ya (co)penado mediante la pena del hecho previo.⁴ Con todo, que, tras consumir el delito, sea «típico» (*typisch*) actuar de una determinada manera no es fundamento suficiente de la impunidad de la conducta. Y no es que se deba ignorar la *lógica del delito*, pero se debe ofrecer un fundamento que, en lo que alcanzo, es distinto en el *autoencubrimiento real y en el personal*: en el primero, la razón de la impunidad se suele ver en que aquel constituye un *acto postconsumativo copenado*⁵, pues pena del delito previo ya castiga *los actos posteriores de aseguramiento del beneficio del delito como parte de la fase de agotamiento*. Así, la pena del hur-

² V. por todos SEEL, *Begünstigung und Strafvereitelung durch Vortäter und Vortatteilnehmer*, Berlín, 1999, p. 13 ss.; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices? Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*, Madrid, 2004, p. 157 ss.; GARCÍA PÉREZ, *El encubrimiento y su problemática en el Código penal*, Barcelona, 2008, p. 21 s.; GILI PASCUAL, *El encubrimiento en el Código penal de 1995*, Valencia, 1999, p.41 ss., con más referencias a la doctrina especializada (CONDE-PUMPIDO FERREIRO, GÓMEZ PAVÓN, LUZÓN PEÑA, MAGALDI PATERNOSTRO/GARCÍA ARÁN, etc.). Tiene sentido considerar que el encubridor menoscaba la función de la AJ de perseguir y juzgar el delito previo, pero también ver en él una conducta de adhesión, si se quiere, de perpetuación del injusto previo (*auxilium*). Sea como fuere, me distancio de una concepción del encubrimiento como atentado contra el mero «buen funcionamiento» de la AJ y considero que esta última se debe entender como una dimensión del Derecho penal (en sentido amplio) dirigida al cumplimiento de este último. Por ello, son interesantes planteamientos como el de SCHROEDER, *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, Berlin, 1985, p. 11 ss., quien define el encubrimiento como delito contra el Derecho penal.

³ GARCÍA PÉREZ, *Encubrimiento*, 2008, p. 47 ss. La *Strafvereitelung* (§ 258 StGB) sí exige un resultado de impedimento total o parcial referido no a la AJ en general, sino a la condena a una pena, imposición de una medida de seguridad o a la ejecución de estas.

⁴ JUHAS, *Die Privilegierung der Selbstbegünstigung im deutschen und spanischen Strafrecht*, Wiesbaden, 2020, p. 9, 10, 33.

⁵ Ya HONIG, *Straflose Vor- und Nachtat*, Leipzig, 1927, p. 81, ve esa lógica en la receptación, si bien considera punible el acto de autoencubrimiento cuando es constitutivo de falsedades (p. 83), pues el desvalor de estas excedería el del hecho previo.

to ya contempla el acto posterior de esconder y disfrutar la cosa, etc., por lo que operaría un principio de consunción. En cambio, en el caso del *autoencubrimiento personal* la razón de la impunidad sería la *inexigibilidad* de la colaboración con la AJ cuando *ello tiene el coste de dejar en manos de esta última pruebas contra uno mismo*⁶. Ciertamente, el legislador no respeta siempre el *principio de impunidad del autoencubrimiento*: (i) algunos tipos, como la receptación (art. 298 CP) o el antiguo blanqueo de capitales (que no incluía el autoblanqueo) sí lo respetan; (ii) otros son compatibles con dicho principio solo si se someten a una reducción teleológica (dejando impunes determinadas formas de autoblanqueo, art. 301 CP, la negativa o impedimento de la inspección o supervisión cometida cuando la inspección permitiría obtener pruebas de los delitos cometidos por aquellos, art. 294 CP, la negativa a someterse a la prueba de alcoholemia, art. 383 CP, cuando se ha cometido un delito de conducción bajo los efectos del alcohol, o la ocultación de la información sobre el paradero de un cadáver art. 173.1 CP cuando informar implicaría autoinculparse); ahora bien, (iii) hay tipos que contradicen el principio de impunidad del autoencubrimiento (así, el art. 382 bis.2 CP, la modalidad de asesinato del art. 139.1.4.º CP, pero también la agravante tradicional de disfraz, art. 22.2 CP).

Además, hay un segundo principio esencial que afecta al delincuente en el proceso penal: *el acusado no tiene el deber de declarar contra sí mismo ni de declararse culpable: nemo tenetur se ipsum accusare*. Este principio se vincula al derecho constitucional a la defensa (art. 24.2 CE), así como a la dignidad humana y ha sido objeto de la jurisprudencia del TC y del TEDH⁷. Dejando de lado la discusión sobre los límites de este derecho interesa subrayar que este principio parece alimentarse de la idea de que al delincuente no le podemos exigir que colabore (por lo menos, no activamente) con la AJ a probar los hechos base de su propia condena. Este principio se suele asociar al *derecho a la autoconservación*⁸, el cual no autoriza al sujeto a llevar a cabo cualquier conducta para evitar medidas estatales que restrinjan su libertad, sino solamente a que se tenga en cuenta su interés en la autoconservación en

⁶ Cfr. por todos GILI PASCUAL, 1999, Encubrimiento, p. 84 ss., con más referencias. JUHAS, Privilegierung, 2020, p. 10, 33 ss., funda la impunidad del autoencubrimiento personal en los actos copenados (es decir, en puridad no sería impune, sino que ya habría sido castigado).

⁷ MÜLLER, ZfStW 3/2023, p. 181. Cfr. NIETO MARTÍN/BLUMENBERG, en: Los derechos fundamentales en el Derecho penal Europeo, p. 397 ss., con más referencias. Cfr. GOENA VIVES, RECPC 23-22 (2021), respecto a las personas jurídicas.

⁸ Es un lugar común remontarse al «derecho a la resistencia» que HOBBS reconoce ya en *«De Cive»* y después claramente en el *«Leviatán»*, en virtud del cual nadie está obligado a obedecer órdenes que amenazan a los intereses en la autoconservación. A partir de ahí, se discute si el derecho a la autoconservación de HOBBS es un derecho natural y precontractual que no se cede con el contrato o si es un derecho fundamental derivado del estatus político del ciudadano (FRICK, ZfStW 3/2023, p. 147, p. 150).

una ponderación con los demás intereses en juego en el contexto concreto del caso, ponderación que servirá para determinar si el sujeto queda exento de determinados deberes o si, por el contrario, se le exige que sacrifique su interés en la autoconservación.

Así las cosas, parece posible afirmar que la impunidad del autoencubrimiento personal, al igual que el *nemo tenetur*, se apoya en razones de inexigibilidad. Ahora bien, lo que interesa abordar en estas líneas es la valoración jurídico-penal que merecen las conductas de autoencubrimiento que, si bien son impunes en cuanto afectación de la AJ, son *prima facie* constitutivos de otros tipos penales. La respuesta podría rezar que este problema ya está resuelto, pues la opinión dominante entiende la impunidad del acto de autoencubrimiento acaba allí donde se afecta a otros bienes jurídicos. Sin embargo, esa respuesta debe ser más distintiva. El problema se plantea también en los casos de autoencubrimiento mediante falsedades⁹, presentación de tales documentos en juicio, etc. El presente trabajo pretende aproximarse al problema: partiendo del paradigma de la inexigibilidad como fundamento de la impunidad del autoencubrimiento personal (II), esboza el marco conceptual para construir una solución (III), así como criterios para valorar los casos de comisión de delitos de falsedades para el autoencubrimiento de delitos patrimoniales y económicos (IV) y su concreción en los supuestos de falseamiento del art. 290 CP (V). De lado se dejan muchas cuestiones complejas, como las relativas a la intervención en conductas de autoencubrimiento o al encubrimiento entre personas allegadas, entre otras.

II. LA INEXIGIBILIDAD OBJETIVA COMO BASE DE LA IMPUNIDAD DEL AUTOENCUBRIMIENTO PERSONAL

En lo que alcanzo, la impunidad del autoencubrimiento personal, al igual que el *nemo tenetur se ipsum accusare*, se basa en la inexigibilidad del correspondiente deber de colaboración del sujeto con la AJ. El delincuente es responsable de la situación de conflicto existente entre el mal de ser en su caso condenado por el delito y el mal para la AJ, por lo que la impunidad se debe fundamentar al margen de su responsabilidad por el delito previo y, en concreto, en el derecho a la autoconservación del delincuente. Si dicho derecho cediera debido a la responsabilidad del delincuente por la situación de conflicto,

⁹ CÓRDOBA RODA, Comentarios al Código penal, tomo 2, p. 2178, citado por GARCÍA PÉREZ, Encubrimiento, 2008, p. 157, sostuvo la solución de la impunidad.

el autoencubrimiento sería punible y el acusado tendría deber de declarar siempre la verdad en el proceso, aunque ello implicara su condena. Sin embargo, el conflicto se resuelve a favor del derecho a la autoconservación del delincuente, lo que indica que este derecho tiene relevancia *pese a* que su puesta en peligro haya sido generada por el mismo delincuente. Pese a las diferencias entre la posición del delincuente en el proceso y antes del proceso, se puede partir de una base común de la inexigibilidad de la colaboración con la AJ. Así, en el proceso penal (i) el acusado no tiene deber de veracidad, (ii) el testigo puede mentir (en Alemania por disposición expresa del § 157 StGB) cuando, en caso de decir la verdad, existe el peligro de ser condenado; y, antes del proceso, el delincuente puede (i) ocultar, alterar o inutilizar el cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito, para impedir su descubrimiento (art. 451.2 CP) y (ii) eludir la investigación de la autoridad o de sus agentes y sustraerse a su busca o captura (art. 459.3 CP). Dicho esto, nótese que la intensidad del deber del que se exime al delincuente en un caso y en otro es distinta. La impunidad del autoencubrimiento personal implica permitir al delincuente ocultar pruebas, es decir, *empeorar activamente las posibilidades de la AJ* de averiguar la verdad y, en su caso, condenar al responsable; en cambio, el *nemo tenetur* permite al acusado guardar silencio, es decir, *omitir la contribución positiva a la AJ*—si bien, conforme a algunas interpretaciones el acusado puede mentir o incluso presentar documentos falsos, lo cual constituiría una *obstaculización activa*—.

Así las cosas, en el autoencubrimiento personal concurre una situación de inexigibilidad en la que el derecho a la autoconservación tiene tal importancia que determina que el menoscabo de la AJ carezca de relevancia penal. Frente a esto se ha argumentado (Gili Pascual) que, al ser la impunidad del autoencubrimiento una previsión legal general, su lugar no puede ser la inexigibilidad, sino la atipicidad¹⁰. Con todo, considero que se puede hablar de atipicidad y, a la vez, explicar el fundamento de esta última recurriendo a la inexigibilidad, entendiéndola aquí en los términos de Robles Planas, como inexigibilidad «por razones normativas (adecuada distribución de cargas en vistas a la específica reacción penal)» que determina la exclusión del injusto¹¹. En conclusión, partiendo de una razón de inexigibilidad objetiva, el delincuente tendría una posición peculiar frente a la AJ que le permitiría *no solo no colaborar con esta en el descubrimiento de su delito, sino dificultar en cierta medida su labor*.

¹⁰ GILI PASCUAL, Encubrimiento, 1999, p. 89.

¹¹ ROBLES PLANAS, Indret 1/2019, p. 12; el mismo, Casos que hicieron doctrina en Derecho penal, Madrid, 2011, p. 115 ss., con referencias a las aportaciones de MARTÍN LORENZO, MELENDO PARDO, VARONA GÓMEZ, etc., así como a la discusión alemana.

La cuestión esencial es qué ocurre cuando la intensidad de las conductas de autoencubrimiento rebasan los límites del art. 451 CP. Al respecto, si bien el derecho a la autoconservación no da al delincuente carta blanca para hacer «cualquier cosa» con el fin de evitar el mal de su condena, tampoco se debería ignorar la situación de conflicto en los casos en los que el delincuente comete otros delitos con el fin de autoencubrirse: el Estado se contradiría¹² parcialmente si partiera de la plena exigibilidad del cumplimiento de la prohibición –insisto, «parcialmente», pues entiendo que en estos casos hay, como explico a continuación, una exigibilidad reducida.

III. ACTOS DE AUTOENCUBRIMIENTO CONSTITUTIVOS DE OTRO TIPO PENAL

Interesa ahora centrarse en los supuestos en los que el acto de autoencubrimiento (impune en cuanto tal) se encuentra en una relación de concurso ideal (*lato sensu*) con otro tipo penal: el asesino destruye el sistema de grabación de las cámaras de seguridad o amenaza a un testigo del delito, el administrador falsifica las cuentas para ocultar el despojo patrimonial. En estos casos, doctrina y jurisprudencia dominantes entienden que, cuando el acto de autoencubrimiento afecta a otros bienes jurídicos, aquel se debe castigar conforme al tipo correspondiente: el TS condenó por falsedades al empleado de correos que simuló la firma de los destinatarios en el libro de reparto para ocultar que se había apropiado de dos paquetes (STS 1807/2000, 25.11, Jiménez Villarejo) o por estafa procesal al autor que, tras ser denunciado por el Ayuntamiento por malversación, confeccionó un expediente para ocultar la malversación que se le imputaba (STS 518/2019, 29.10, Berdugo Gómez de la Torre)^{13, 14}. Ahora bien, la consecuencia insatisfactoria de dicho criterio es que *sit venia verbo* se ignora que *aquella razón de inexigibilidad objetiva de la colaboración con la AJ que subyace al autoencubrimiento personal impune sigue presente en la valoración de la conducta típica cometida para autoencubrirse*, que también

¹² ROBLES PLANAS, Teoría de las normas y sistema del delito, Barcelona, 2021, p. 108 s.

¹³ Por ello, en el caso de la inhumación ilegal de cadáveres tras la comisión de un delito contra la vida, la jurisprudencia ha construido la impunidad esencialmente restringiendo el ámbito de aplicación de aquel tipo (el autor no pretende atentar contra las normas reglamentarias de salud pública), aunque en ocasiones sí ha recurrido al argumento de la inexigibilidad (ej.: STS 701/2020, 12.12, Sánchez Melgar).

¹⁴ A este criterio ya recurría el *Reichsgericht* para dejar impunes los daños sobre la cosa previamente apropiada o el delito fiscal del al ladrón de cigarrillos que los vendía sin pagar los impuestos correspondientes (HONIG, 1927, p. 86 ss.).

se debería tener en cuenta en la determinación de la responsabilidad penal por el último delito¹⁵.

En estos casos existe un conflicto entre el mal de ser castigado por el delito previo y el mal derivado de que ese sujeto no colabore con la AJ (dificultar la función de enjuiciar los hechos). No se trata de la ponderación propia del estado de necesidad justificante del art. 20.5 CP, pues la situación de conflicto la ha provocado el delincuente y porque, si aquí concurriera una justificación, el encubrimiento personal de otro también debería ser impune. Ahora bien, el conflicto sí permite fundamentar la menor exigibilidad objetiva de la colaboración con la AJ. Al respecto, una aproximación formal conduciría a separar radicalmente el bien jurídico de la AJ de los intereses de otras esferas jurídicas¹⁶. Sin embargo, el deber de colaborar con la AJ *ex art. 451.2 CP*, que se concreta en una prohibición de ocultar prueba (en el caso del art. 451.3 CP, una prohibición de ayudar a eludir la acción de la Justicia) y, con ello, de dificultar la labor de la AJ de persecución y sanción del delito encubierto, tiene una *relación material* (i) con la pretensión punitiva del Estado dirigida a restablecer el Derecho y (ii) con las pretensiones jurídicas de esferas individuales afectadas por el hecho encubierto, a las que pertenece la pretensión relativa a la responsabilidad civil derivada de delito. Así, el ladrón que esconde la cosa sustraída y los instrumentos del delito no solo dificulta o impide la realización de la pretensión estatal de castigo, sino también frustra la pretensión de la víctima de recuperar la cosa. En definitiva, la AJ es un bien jurídico institucional conectado con necesidades sociales (psicológicas y normativas) que debe satisfacer en su caso la pena y con la realización de las pretensiones individuales vinculadas a la justicia penal, por lo que, en lo que atañe a estas últimas, desaparece esa división «limpia» entre AJ y otros bienes jurídicos.

Pues bien, cuando el acto de autoencubrimiento personal sea, además, constitutivo de otro delito, *este injusto se debe incorporar a la ecuación de la exigibilidad*, sin ignorar la amenaza de un mal para el delincuente en la que se funda la inexigibilidad del deber *ex art. 451 CP*. Por ello, cuando se recalcula

¹⁵ GARCÍA PÉREZ, Encubrimiento, 2008, p. 157 s., entiende que la impunidad del autoencubrimiento se basa en la inexigibilidad, si bien «la impunidad no alcanza a la comisión de otros hechos delictivos distintos al propio encubrimiento y que recaen sobre un objeto material diverso (...) aquí el conflicto motivacional cambia porque hay más razones para omitir la conducta autofavorecedora».

¹⁶ GILI PASCUAL, Encubrimiento, 1999, p. 141 ss., afirma con razón que la alusión a la AJ es frecuentemente una mera referencia formal. SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Encubridores, 2004, p. 165 ss., entiende el encubrimiento como defraudación de la correcta re-estabilización de la situación que el delito previo ha generado (p. 316), como infracción de una «norma de resguardo» cuyo cometido es «precisamente garantizar la vigencia y eficacia de las normas de sanción (...) y con ello de las respectivas normas de conducta» (p. 317).

la ecuación de la exigibilidad, el resultado¹⁷ puede rezar: plena inexigibilidad, plena exigibilidad o exigibilidad disminuida. Al respecto, es preciso diferenciar varios grupos de casos. Al *primer grupo* pertenecen los supuestos en los que el acto de autoencubrimiento es a la vez constitutivo de un delito cuyo contenido es la infracción de un *deber de colaboración con la AJ*. Aquí, el mal que amenaza al delincuente (imposición de una pena) seguirá teniendo suficiente peso para dejar de exigir el cumplimiento de dicho deber. La impunidad se debe extender pues a todos los deberes que tengan la misma naturaleza que el del artículo 451 CP. (i) En algunos casos, el mismo legislador respeta esta lógica y deja fuera los casos de autoencubrimiento personal (en el blanqueo de capitales por parte de quien ha cometido el hecho previo, solo se castiga a quien actúa «para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos»); (ii) en cambio, hay previsiones legales incompatibles con el principio de la inexigibilidad de la colaboración con la AJ, como el art. 382 bis CP, que impone el deber de no abandonar el lugar el accidente a quien lo ha causado –en lo que atañe al apdo. 1, sería posible recurrir a la cláusula de inexigibilidad («sin riesgo propio o de tercero») para hacer una reducción teleológica, pero ello no es posible en el caso del apdo. 2 (causación imprudente)–. (iii) Por último, allí donde el legislador deja espacio interpretativo, deberían considerarse inexigibles los deberes de *colaboración directa* (ej: el deber del testigo o perito de no faltar a la verdad, artículo 458 CP; el deber de someterse a la prueba de alcoholemia, artículo 383 CP) y los de *colaboración indirecta* (ej.: el deber de los administradores de sociedades supervisadas previsto en el artículo 294 CP), cuando el sujeto actúa para autoencubrirse.

A un *segundo grupo* pertenecen los casos en los que la conducta de autoencubrimiento es a la vez constitutiva de un delito contra la esfera de un tercero. Ej: para encubrir la administración desleal, el administrador amenaza al socio que la ha descubierto; para ocultar las pruebas de empleo de sustancias tóxicas no permitidas en la estampación de textiles, el administrador ordena verter los líquidos al río. En estos supuestos, la exigibilidad del cumplimiento de la norma de conducta del tipo correspondiente está reducida en cierta medida y ello se debería plasmar en la pena¹⁸. En efecto, el mal que amenaza al delincuente y que está en la base de la inexigibilidad del deber *ex art. 451 CP* sigue presente en el enjuiciamiento del delito cometido para autoencubrirse.

¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, en Comentario a la Sentencia del «caso Pescanova», InDret 3/2023, p. 702: necesidad de dar cabida en el art. 21.7 CP a las situaciones de exigibilidad disminuida.

¹⁸ SILVA SÁNCHEZ (n. 16).

Que nuestro legislador no sigue esta lógica en muchos casos es obvio, como muestra la elevación del homicidio a asesinato por haber sido cometido para evitar que se descubra un delito (art. 139.1.4.º CP). Para concretar la medida en que disminuye la exigibilidad, se deberá tener en cuenta (i) la intensidad del mal que amenaza al autor (clase de pena, duración) y la gravedad del injusto cometido para encubrir el delito previo. A partir de ahí, cuando la pena que amenaza por el delito previo sea muy elevada y la gravedad del delito cometido para encubrirlo de poca entidad, podrá partirse de una exigibilidad muy reducida que recomiende dejar impune el hecho cometido para encubrirlo. Además, (ii) se deberá tener en cuenta la jerarquía de injustos (los personales, los más importantes), que no siempre es plasmada de manera convincente por el legislador en los marcos penales.

Ahora bien, hay un *tercer grupo* de casos en los que la afectación de esferas jurídicas de terceros ya está castigada por la pena del hecho previo, de manera que no hay una afectación de la esfera de terceros más allá de (a) la mera consolidación del menoscabo previo y (b) los efectos negativos que la falta de colaboración con la AJ tiene sobre las esferas de terceros. Aquí, el delito cometido para autoencubrirse debe quedar impune (así, en algunos casos del art. 290 CP, v. V). Nótese que aquí no es necesario siquiera recurrir a la lógica de la inexigibilidad, pues se trata de actos copenados.

Por último, se debe diferenciar un *cuarto grupo* en el que el autor del hecho previo está obligado a actuar (ej: formular cuentas) de manera que solo tiene dos alternativas de conducta (la omisión no es una opción), siendo una de ellas autoincriminatoria. Ese es el caso del art. 290 CP, aunque el problema también se plantea respecto al deber de declarar ganancias provenientes de delitos. En lo que sigue me limitaré a esbozar cómo se concreta este planteamiento en el caso de comisión de falsedades para el autoencubrimiento.

IV. ACTOS DE AUTOENCUBRIMIENTO PERSONAL CONSTITUTIVOS DE FALSEDADES

En Derecho penal económico son especialmente importantes los casos en los que el acto de autoencubrimiento es constitutivo de un *delito de falsedades* (art. 390 ss., art. 290 CP). Nuestra jurisprudencia considera tales falsedades punibles con el argumento de que estas afectarían a un bien jurídico distinto al menoscabado por el hecho previo¹⁹. Algunos matices: (i) en los casos de false-

¹⁹ Ej.: STS 518/2019, 29.10, Berdugo Gómez de la Torre.

dades en documento privado, la falta de ánimo de perjudicar a otro (art. 395 CP) permite dejar impunes dichas falsedades cuando se cometen solo para el autoencubrimiento (en un caso del art. 396 CP: STS 1009/2009, 14.10, Marchena Gómez); (ii) en alguna ocasión, la jurisprudencia ha aludido a un principio de inexigibilidad, conectándolo con el *nemo tenetur*, para dejar impunes las falsedades para el autoencubrimiento (STS 1329/1998, 11.1, García Ancos: policía que falsifica el atestado para encubrir que se ha apropiado de parte de la droga incautada). En lo que alcanzo es posible llegar a soluciones distintivas proyectando los criterios formulados para el autoencubrimiento personal (III) e incorporando a la reflexión las peculiaridades del injusto de las falsedades. Al respecto, conviene analizar: (1) si se puede extender a alguna dimensión de las falsedades la exención del deber de colaborar con la AJ; (2) si hay dimensiones lesivas de las falsedades ya abarcadas por la pena del hecho previo; (3) cuál es el juicio de exigibilidad en los demás casos.

La afirmación generalmente aceptada conforme a la cual las falsedades atentan contra el tráfico jurídico se debe concretar en que los documentos falsos puedan proyectar su lesividad sobre diversas esferas jurídicas. Pues bien, (i) la dimensión lesiva del documento consistente en *impedir la prueba del delito previo* quedaría cubierta por la inexigibilidad que hay tras la impunidad del autoencubrimiento, pues en esa dimensión el deber de veracidad tendría la naturaleza de deber de colaboración con la AJ. Así, *desde esta dimensión de las falsedades*, la confección de una factura falsa para ocultar un despojo patrimonial o el falseamiento del acta de una Junta para ocultar una denegación de derechos de los socios constituirían formas de obstaculización de la acción de la AJ dirigida a probar y juzgar el hecho previo impunes por razones de autoencubrimiento. (ii) Una segunda dimensión lesiva del documento, la *obstaculización de la recuperación de la cosa o reclamación de la responsabilidad civil derivada de delito* quedaría, en lo que alcanzo, cubierta bien como parte inherente del menoscabo (impune por inexigibilidad) de la AJ o bien como consolidación de un perjuicio previamente cometido (aseguramiento del beneficio: acto copenado)²⁰. Hasta aquí dos dimensiones de las falsedades que deberían quedar impunes²¹, pues su instrumentalidad se agota en encubrir el hecho previo. Por cierto, dicha impunidad se debería sostener tanto en los casos en que

²⁰ En cambio, la STS 518/2019, 29.10, Berdugo Gómez de la Torre, aprecia estafa procesal en un caso en que el acusado presentó en el proceso penal un expediente, por él confeccionado, para justificar el desplazamiento patrimonial previo (malversación).

²¹ En ese sentido, con razón, la SAP Madrid de 28.4.1999, que absolvió al empleado de correos que había la firma de los destinatarios en el libro de reparto para ocultar que se había apropiado de dos paquetes, recurriendo al argumento de que las falsedades no podían surtir efecto en el tráfico jurídico y tenían un sentido de autoencubrimiento (la SAP fue casada por la STS 1807/2000, 25.11, Jiménez Villarejo).

la falsedad se comete tras la consumación del hecho previo como cuando esta se comete antes de la consumación, pues en ambos casos el *telos* de las falsedades es borrar las huellas del delito (encubrimiento), no contribuir a su comisión²². La cosas son distintas en el caso en que (iii) las falsedades cometidas para autoencubrirse sean *idóneas para afectar a esferas jurídicas de terceros* (distintos de la AJ y los perjudicados por el delito encubierto), dimensión de lesividad que no se puede basar en la afirmación genérica de que un documento falso afecta al tráfico jurídico, sino que requiere examinar en concreto la potencial lesividad de dicho documento, teniendo en cuenta sus posibles destinatarios. Cuando, tras dicho examen, se concluya que las falsedades cometidas para el autoencubrimiento presentan además una potencialidad lesiva para las esferas de terceros, corresponde castigarlas, si bien atenuando la pena por exigibilidad disminuida (*supra* III)²³. Para medir la disminución de la exigibilidad, se deberán diferenciar los casos en los que el sujeto está *obligado a documentar determinados actos jurídicos*, en términos equivalentes a un «*deber de declarar*» preprocesal (así en el art. 290 CP, pues el administrador está obligado a formular las cuentas), de aquellos en los que ello no es así. Abordo a continuación los casos en que el acto de autoencubrimiento constituye un delito del artículo 290 CP.

V. EL FALSEAMIENTO DE CUENTAS COMO MEDIO DE AUTOENCUBRIMIENTO

Cuando el autor de un delito se autoencubre mediante el falseamiento de cuentas, la jurisprudencia suele condenar por el delito previo y por el delito societario del art. 290 CP (STS 179/2018, 12.4; 528/202021.10, Marchena Gómez): el delito patrimonial encubierto no abarcaría el injusto del art. 290 CP (falsedades). En lo que alcanzo: (1) el injusto del art. 290 CP requiere la idoneidad *ex ante* del falseamiento para perjudicar a la sociedad, socios o terceros (inversores, acreedores, etc.), sin que baste con constatar la sola falsedad (en

²² En este sentido, convincente, GILI PASCUAL, Encubrimiento, 1999, p. 106 s.: lo relevante es el «sentido de la conducta», si esta se orienta a eludir la responsabilidad penal o a la ejecución o continuidad de la consumación de un delito permanente (ej.: en un secuestro, el carcelero sería partícipe; quien prepara la huida de los intervinientes, encubridor); esto último rige para las contribuciones preconsumativas (aquí: las facturas falsas confeccionadas previamente para encubrir la posterior administración desleal).

²³ V. el caso suizo del conductor que firma con otro nombre el parte de accidente (BGE 118 IV 254 S. 254): aquí las falsedades tienen una dimensión de autoencubrimiento, pero también son idóneas para menoscabar la esfera de la compañía de seguros.

contra de la interpretación jurisprudencial dominante)²⁴; (2) algunas dimensiones de lesividad del falseamiento podrían estar ya castigadas con la pena del delito previo; (3) las dimensiones lesivas del falseamiento no absorbidas por la pena del delito previo se han de valorar a la luz del mal que amenaza al delincuente (descubrimiento y castigo del delito previo).

En los supuestos en que el falseamiento de asientos de las cuentas se comete para *encubrir un despojo patrimonial previo* (ej: administración desleal) (caso 1): (a) el falseamiento no es idóneo para menoscabar de nuevo la esfera de la sociedad y los socios, sino que únicamente consolida el perjuicio ya generado por el delito encubierto (lógica de los actos copenados) o, si se quiere, obstaculiza la función de la AJ de declarar la responsabilidad civil derivada de delito del administrador (lógica de la inexigibilidad); (b) el falseamiento no es idóneo para menoscabar la esfera de los inversores (mediante su desorientación), pues las cuentas falseadas reflejan de manera suficientemente clara la situación económica de la sociedad –en realidad, el maquillaje de las cuentas logra ajustar caja contable y caja real–; (c) lo mismo podría decirse respecto a los futuros acreedores (proveedores, entidades de crédito). Por tanto, estos casos deberían quedar impunes, igual que los supuestos de falseamiento de *las actas de las Juntas para ocultar una denegación de derechos del socio* del artículo 293 CP (caso 2).

Me detengo en los casos en los que, para ocultar el origen ilícito del dinero, este se anota en las cuentas como contraprestación de servicios lícitos (caso 3): (a) en su dimensión de obstaculización de la prueba y eventual castigo de los delitos previos (ej: corrupción) el falseamiento queda cubierto por la inexigibilidad propia de autoencubrimiento personal, (b) en cambio, en lo que atañe a los socios, inversores y acreedores, el falseamiento les mantiene en la ignorancia del riesgo de sanción patrimonial de la sociedad generado por el delito previo y, en esta medida, esta desorientación es relevante porque dichas cuentas arrojan una *imagen de la situación económica de la sociedad que no se corresponde con la real*. Esta dimensión de lesividad no está abarcada por la lógica de la inexigibilidad de la cooperación con la AJ ni por la lógica de los actos copenados. Lo mismo ocurriría si el autor anota en las cuentas como gasto «lícito» el pago de corrupción recibido (caso 4), pues el falseamiento tendrá una dimensión de lesividad no absorbida por el autoencubrimiento cuando el pago de corrupción genere un riesgo de sanción patrimonial para la persona jurídica: socios y terceros se representarán una situación económica que difiere

²⁴ PASTOR MUÑOZ, La Ley Penal, 129, 1.11.2017, p. 1-14 y en otros lugares.

de la real, que es peor por existir una amenaza de sanción patrimonial a la sociedad.

Ahora bien, aquella dimensión de injusto del falseamiento del art. 290 CP que no quede absorbida por el hecho previo (actos copenados) o que no constituya un menoscabo de la AJ (inexigibilidad del deber de colaborar con esta) se debe valorar como cometida en *una situación de conflicto que podría reducir la exigibilidad* (de entrada, casos 3, 4). En lo que alcanzo, al mal de la eventual imposición de una pena por el delito previo se une el hecho de que sobre el administrador del art. 290 CP pesa un deber de formular cuentas que viene a ser una especie de deber de declarar preprocesal. Así, ignorar el hecho previo equivaldría materialmente a obligar al administrador en algunos casos a declarar contra sí mismo. Por tanto, en aquellos supuestos en los que el cumplimiento del deber del art. 290 CP equivaldría a una declaración contra sí mismo, se debe considerar extremadamente reducida la exigibilidad (o, incluso, plantearse la plena inexigibilidad). Ahora bien, esa exigibilidad extremadamente reducida no se debe apreciar necesariamente en cualquier falseamiento de cuentas para el autoencubrimiento. Y precisamente en los casos mencionados (3 y 4) en los que el falseamiento tiene dimensiones de lesividad no cubiertas por el la inexigibilidad del deber de colaborar con la AJ, el administrador tenía la posibilidad de encubrir el delito previo sin necesidad de falsear las cuentas en esos términos. Así, en el caso de la anotación de ingresos ilícitos como lícitos (caso 3), podría haber dejado recursos formalmente fuera del patrimonio social (caja B), de manera que las cuentas reflejaran situación real, y en caso de haber cometido un ilícito generador de un riesgo de sanción para la sociedad (caso 4), podría haberse autoencubierto y, a la vez, haber reflejado la situación económica real de la sociedad realizando asientos (aunque fueran falsos) que reflejaran el coste esperable de la sanción. Por ello, cuando haya una salida del conflicto que no requiera falsear las cuentas en tales términos que se genere una lesividad adicional para terceros, dicho falseamiento «innecesariamente lesivo» (casos 3 y 4) se deberá castigar plenamente.

Pongo fin a estas líneas, dedicándoselas afectuosamente al profesor Javier de Vicente Remesal, quien ya en su tesis doctoral abordó con gran profundidad el comportamiento postdelictivo²⁵. *Ad multos annos!*

²⁵ V. DE VICENTE REMESAL, El comportamiento postdelictivo, León, 1985.

CAPÍTULO LXXXII

EL ERROR SOBRE LA EDAD Y EL CONSENTIMIENTO EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL. ¿LA TIPIFICACIÓN DE UNA MODALIDAD IMPRUDENTE COMO SOLUCIÓN?

LEOPOLDO PUENTE RODRÍGUEZ
Profesor Ayudante Doctor.
Universidad Autónoma de Madrid.

I. INTRODUCCIÓN

Es inevitable que cuando uno comienza a estudiar Derecho penal crea que todo lo que ahora parece de «sentido común» siempre «estuvo ahí». Principios que hoy parecen básicos incluso para un mal estudiante tienden a ser naturalizados y son percibidos como algo «evidente». Es cuando uno empieza a estudiar con más detalle las discusiones de «sus mayores» cuando por fin percibe lo erróneo de esa impresión. Entonces, cae en la cuenta de que lo que hoy entiende como «evidente» no siempre lo fue y que si ha alcanzado ese estatus es, precisamente, por los enormes esfuerzos intelectuales (y personales) de «sus mayores».

El Profesor de Vicente es uno de esos académicos que ha contribuido a la racionalización del Derecho penal y a hacer que un uso más comedido, previsible y, en definitiva, sensato de esta rama del ordenamiento sea una realidad. Las siguientes páginas se ofrecen como homenaje a su inestimable papel en el desarrollo de un Derecho penal más razonable y en la formación de varias generaciones de juristas (ya sea de manera directa por su magisterio, ya de forma indirecta, pero vital, a través de sus publicaciones).

Por ello, he escogido un tema que ocupó a nuestro homenajeado en distintos trabajos en su juventud: el error sobre los elementos típicos de los delitos de naturaleza sexual¹. Como veremos, este mismo problema aparece de nuevo ahora, aunque con novedosos ropajes. Así, para muchos, sería aconsejable tipificar un delito de agresión sexual imprudente para evitar la (aparentemente) insoportable laguna de impunidad que se puede generar en los delitos contra la libertad sexual cuando concurre un error vencible sobre el consentimiento o la edad (e impedir, también, de paso, el peligroso «efecto colateral» que podría darse de entender que en estos casos existe un hipertrofiado dolo eventual).

Hablaré en estas páginas de error y delitos contra la libertad sexual. Ello me obliga a una precisión sobre el objeto de este estudio. No abordaré, pese a su interés, los casos en que el error no recae sobre el autor del delito, sino sobre la víctima (que desconoce el alcance, sentido o motivos de la práctica sexual desarrollada)². Tampoco trataré la cuestión del error de prohibición en este ámbito, que, pese a lo que pudiera parecer, tiene hoy un alcance muy amplio. Y es que este es un inevitable efecto de la permanente expansión de delitos sexuales. Si se coincide, como ha de hacerse, con Díaz y García Conlledo³ y Olaizola Nogales⁴ en que el conocimiento de la inmoralidad de la conducta no es más que un indicio de su ilicitud jurídica y que es perfectamente posible conocer la ilicitud moral de una conducta y que el error de prohibición resulte, pese a ello, aplicable, no hay razones para negar que los errores de prohibición son, también aquí, cada vez más frecuentes⁵.

II. PLANTEAMIENTO

Quien yerra acerca de la edad o del consentimiento de la víctima no comete una agresión sexual dolosa, pues su conocimiento no comprende extre-

¹ Cfr. DE VICENTE REMESAL, CPC, 28, 1986; y Poder Judicial, 8, 1987.

² Vid., al respecto, CASTELLVÍ MONSERRAT, InDret, 4/2023; COCA VILA, InDret, 3/2023; y RAMOS VÁZQUEZ, en AGUSTINA (Coord.): Comentarios a la ley del «solo sí es sí», 2023, pp. 167-177.

³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en CEREZO MIR, et al. (Eds.): Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López, 1999, p. 354.

⁴ OLAIZOLA NOGALES, El error de prohibición, 2007, p. 54.

⁵ ¿La conducta de «determinar» a un menor de dieciséis años a participar en comportamientos sexuales (en su vertiente prevista anteriormente en el primer inciso del art. 183 bis CP y eliminada hoy, al menos expresamente, del CP) es ahora reconducible a otras figuras delictivas o (como proponen DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/TRAPERO BARREALES, en LASCURAÍN SÁNCHEZ y PEÑARANDA RAMOS (Coords.): *Liber Amicorum* en homenaje al Profesor Julio Díaz-Maroto y Villarejo, 2023, pp. 158-159) resulta impune? ¿Es impensable que un sujeto yerre acerca de la ilicitud jurídica de una conducta hoy tipificada como acoso o es preciso (como sostiene LLOBET ANGLÍ, en *Liber Amicorum* en homenaje al Profesor Julio Díaz-Maroto y Villarejo, 2023, p. 320) admitir que en determinados supuestos concurrirá un error de prohibición? Valgan estos dos ejemplos como breve muestra de que es preciso estudiar también el desconocimiento de la antijuridicidad en delitos sexuales.

mos que pertenecen al ámbito de los tipos penales. Así, se incurre en un error de tipo. El efecto de esta situación es claro: impunidad, si el error fue invencible; castigo en su modalidad imprudente, si esta estuviera prevista (impunidad en caso contrario), si fue vencible.

Actualmente, el CP no contempla la posibilidad de que se cometan delitos sexuales por imprudencia: el error sobre los elementos del tipo (consentimiento y edad, entre otros) conduce a la impunidad ya sea el error vencible o invencible⁶. Esta impunidad (y los efectos que podría generar) es la que ha llevado a parte de la doctrina a proponer la inclusión en nuestro CP de una modalidad de agresión sexual imprudente. Las siguientes páginas se dedicarán a exponer los posibles argumentos a favor de esta eventual reforma legislativa y a explicar, de manera sucinta, por qué no resultan convincentes.

Antes de ello es precisa una última aclaración. Es frecuente que se responda de modo irónico la primera vez que se escucha hablar de «violación imprudente» y es que, ciertamente, tiene algo extraño hablar de una «agresión (sexual o no) imprudente». Parece que la «agresión», ya en lo terminológico, y como explicara Luzón Peña, debería ir acompañada de un propósito específico de agredir⁷. Resulta extraño que alguien «agreda» a otro «sin querer». En cualquier caso, no parece que esa «tensión terminológica» deba ser un factor decisivo, como ya sostenía este último autor⁸. Será necesario acudir al fondo de los razonamientos para comprobar si la propuesta del referido sector doctrinal es, en verdad, adecuada.

III. POSIBLES ARGUMENTOS A FAVOR DE LA TIPIFICACIÓN DE UNA MODALIDAD IMPRUDENTE PARA DETERMINADAS AGRESIONES SEXUALES

En defensa de la tipificación de las agresiones sexuales imprudentes se podrían esgrimir distintos razonamientos. Para empezar, no sería algo ajeno a nuestra tradición histórica, que hasta el CP vigente contemplaba tal posibilidad. Por otro lado, España no sería el primer país en prever el castigo penal de

⁶ Así lo señala, por ejemplo, CANCIO MELIÁ, en MOLINA FERNÁNDEZ (Dir.), *Memento Penal* 2023, 2022, p. 1094. Ya antes lo indicaba DE VICENTE REMESAL, *Poder Judicial*, n. 8, 1987, p. 84, aunque (en atención al Código entonces vigente) dejaba la puerta abierta, en su caso, al castigo imprudente en supuestos de error vencible.

⁷ Explica cómo esta idea tiene impacto en el concepto de «agresión» a efectos de la legítima defensa LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 1978, pp. 175 ss.

⁸ LUZÓN PEÑA, *loc. cit.*, p. 181.

esta clase de conductas en la actualidad. Como veremos, Suecia o Islandia contarían con preceptos que ya lo harían. Por último, algunas de las más importantes voces de nuestra doctrina han defendido el castigo de la agresión sexual imprudente, lo que constituye una prueba de que la propuesta no puede ser absurda. Veamos más detenidamente estos razonamientos.

1. **Bajo la vigencia del anterior CP ya se castigaban delitos de carácter sexual cometidos por imprudencia**

Bajo nuestros anteriores códigos penales era posible imponer una pena por agredir sexualmente a alguien de manera imprudente. La razón de ello es clara: hasta 1995 no se establece en España un sistema de incriminación de la imprudencia que obedezca al modelo de *numerus clausus*. Hasta entonces, en el CP se establecía una cláusula general de incriminación de la imprudencia que daba pie a que, cuando ello fuera posible, se castigara cualquier delito legalmente previsto en su modalidad imprudente. Por supuesto, esto no quiere decir que *todos* los delitos admitieran esta modalidad de comisión, sino que resultaba preciso desarrollar una labor de interpretación que aclarase cuáles podían ser cometidos de este modo⁹.

La doctrina se hallaba dividida sobre si los delitos sexuales podían ser cometidos por imprudencia¹⁰. La jurisprudencia, por su parte, se encontraba en una situación similar: existían casos de condenas por delitos sexuales imprudentes (aunque pocas) y razonamientos diversos al respecto¹¹. La tónica general podría resumirse en que se trataba de una posibilidad teóricamente admitida, aunque con una escasa incidencia práctica¹².

En cualquier caso, este argumento carece de fuerza de convicción. La objeción más importante que cabría hacerle es que no parece que, en esta materia, apartarse de nuestra tradición jurídica sea algo especialmente reprochable. El Legislador español se separó de esa tradición conscientemente. Convie-

⁹ Vid., ampliamente, DE VICENTE REMESAL, *Revista Xurídica Galega*, 23, 1999, pp. 14-18; y SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, pp. 82-84.

¹⁰ Vid., para una sintética exposición al respecto, DE VICENTE REMESAL, *CPC*, 28, 1986, pp. 104-105.

¹¹ Cfr. DE VICENTE REMESAL, *CPC*, 28, 1986, pp. 82-84 y 106-110, que expone algunos ejemplos.

¹² BAJO FERNÁNDEZ/DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil*, 3.ª ed., 1995, p. 218, definían así el estado de la cuestión: «[m]ientras que en la violación real [aquella en la que mediaba violencia o intimidación] concurre el elemento subjetivo del tipo de injusto ‘ánimo de tener acceso carnal’ que imposibilita la comisión culposa, en la violación presunta [aquella en que la falta de consentimiento obedecía a otra causa] se admite la comisión por imprudencia cuando hay un error (...) sobre la edad o el estado mental del sujeto pasivo». Vid., de modo parecido, DE VICENTE REMESAL, *CPC*, 28, 1986, pp. 108-109.

ne recordar que el establecimiento de cláusulas que castigaran delitos sexuales cometidos por imprudencia fue propuesto en distintos textos prelegislativos previos a nuestro vigente CP¹³.

En definitiva, que esta posibilidad existiera en el pasado no dice nada sobre lo adecuado de nuestro modelo actual. Ni es incorrecto por separarse de nuestra tradición jurídica, ni resulta adecuado por el mero hecho de apartarse de ella.

2. Otros ordenamientos jurídicos admiten la posibilidad de castigar agresiones sexuales imprudentes

Es cierto que, desde 2018, Suecia prevé el posible castigo imprudente de algunos delitos sexuales. La sección 1.^a del Capítulo 6 de su CP dispone que será castigado por violación imprudente aquel que incurra en una imprudencia grave acerca del consentimiento de la víctima¹⁴. También es verdad que en Islandia se prevé el castigo atenuado de quien realiza actos sexuales con personas cuya edad se encuentra por debajo de determinados umbrales cuando se yerra sobre tal extremo (art. 202 CP islandés)¹⁵. Sin embargo, no es ni mucho menos evidente por qué razón deberíamos aproximar nuestro modelo al de estos países.

El Derecho comparado es siempre un arma especialmente peligrosa. Me confieso incapaz de entender qué es una «imprudencia grave» en Derecho penal sueco. No sé si se corresponde con la nuestra, si se asemeja más a nuestro dolo eventual o, por el contrario, se aproxima a nuestra imprudencia menos grave o incluso leve. Así que, en fin, desconozco si su regulación castiga algo parecido a lo que nosotros castigaríamos de tipificar la agresión sexual imprudente, si pune más o si penaliza menos. Poder hacer esta comparación con rigor supondría no solo conocer bien el CP sueco y su doctrina, sino también su jurisprudencia. No me encuentro en disposición de hacerlo. Igual me sucede con la comprensión de qué es errar sobre la edad de la víctima a efectos de la legislación islandesa. De manera que, al final, sospecho que en estos ejercicios un tanto toscos de Derecho comparado terminamos cotejando palabras en el entendido de que significan lo mismo o, al menos, algo parecido. A ningún penalista se le escapa, sin embargo, que esto no es así y que ni siquiera entre nosotros queremos decir siempre exactamente lo mismo cuando hablamos de una conducta dolosa o imprudente.

¹³ Así sucedió, en el Proyecto de CP de 1980 (artículo 211), en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo CP de 1983 (art. 186) y en el Proyecto de CP de 1992 (art. 181).

¹⁴ Vid., más ampliamente, OLADE GARCÍA, La Ley Penal, 154, 2022, pp. 9-10.

¹⁵ Vid., de nuevo, OLADE GARCÍA, *loc. cit.*, pp. 10-11.

En cualquier caso, y prescindiendo de esta última consideración, por lo que a nuestro entorno jurídico más cercano se refiere, solo en Italia parece previsto el castigo de las agresiones sexuales imprudentes. En el artículo 609 sexies CP italiano se establece, en relación con algunos delitos sexuales, que el error del autor sobre la edad de la víctima no será excusa salvo que sea inevitable¹⁶. De manera que lo que nosotros llamaríamos «agresión imprudente» recibiría en Italia el tratamiento propio de la agresión dolosa; lo que debería ser rechazado.

En todo caso, el Derecho comparado, como la tradición histórica, no sirve más que como indicio (refutable) de la razonabilidad de una regulación, así que ofrece pobres razones a favor de la tipificación de la agresión sexual imprudente (pero también para oponerse a ella).

3. La propuesta de tipificar un delito de agresión sexual imprudente ha sido defendida por una parte de nuestra doctrina

Una pequeña (pero cualificada) parte de la doctrina advirtió ya del error que (a su juicio) suponía no tipificar en el nuevo CP las agresiones sexuales imprudentes. Así lo hicieron, con el Código recién estrenado, Cancio Meliá¹⁷, Feijoo Sánchez¹⁸ y Silva Sánchez¹⁹. Ya antes, al hilo de las diversas propuestas de reforma, consideró Díez Ripollés adecuada la previsión expresa del castigo de la «violación» imprudente por ser «la conducta más grave» de las que formaban parte de los delitos sexuales²⁰. Nuestro propio homenajeado parecía apuntar en esa dirección cuando sostenía que «[I]llama la atención asimismo que (...) el CP vigente destipifique la comisión imprudente de agresión sexual o abuso sexual sobre menor de edad o privado de sentido»²¹. No obstante, hasta tiempos recientes dicha propuesta permaneció (con excepciones como Cancio Meliá²² o Ramos Tapia²³) en un segundo plano.

¹⁶ Vid., sobre ello, CARUSO FONTÁN, Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual, 2006, p. 330. Dicho artículo contaba con un precedente: el art. 539 CP italiano, que disponía que el error sobre la edad de la víctima no disculparía (sin precisar siquiera que el error hubiera de ser vencible). Vid., para una muy contundente crítica de aquel precepto, DE VICENTE REMESAL, CPC, 28, 1986, pp. 100-103.

¹⁷ CANCIO MELIÁ, Diario La Ley, n. 6, 1996, p. 9.

¹⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, CPC 62, 1997, pp. 316-317.

¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales, 1997, p. 96.

²⁰ Díez RIPOLLÉS, La protección de la libertad sexual, 1985, p. 206.

²¹ DE VICENTE REMESAL, Revista Xurídica Galega, 23, 1999, p. 20.

²² CANCIO MELIÁ, La Ley penal, n., 80, 2011, p. 9; y CANCIO MELIÁ, en LASCURAÍN SÁNCHEZ y PEÑARANDA RAMOS (Coords.): *Liber Amicorum* en homenaje al Profesor Julio Díaz-Maroto y Villarejo, 2023, p. 120, n. 30.

²³ RAMOS TAPIA, en VILLACAMPA ESTIARTE/AGUADO CORREA (Coords.): Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores, 2015, p. 117.

La «reactivación» de esta propuesta corresponde, sin duda, a Lascuraín Sánchez²⁴. No es, sin embargo, el único autor que recientemente la ha defendido. También Pérez del Valle²⁵ y Monge Fernández²⁶ han insistido en lo adecuado que resultaría prever la modalidad imprudente de la agresión sexual²⁷.

¿Cuáles son los argumentos esenciales que articulan las diversas propuestas? Fundamentalmente, dos. Por un lado, que la imprevisión del castigo imprudente daría lugar a supuestos de impunidad difícilmente aceptables²⁸. Por otro lado, que la práctica judicial terminaría, precisamente para evitar tales lagunas, considerando dolosas agresiones que, en realidad, son imprudentes²⁹. Y es que lo que sí parece cierto es que hay una tendencia jurisprudencial reacia a admitir las alegaciones de error en estos casos³⁰.

Ambos argumentos tienen un valor desigual. La idea de que la no previsión del tipo imprudente conduce a dramáticas lagunas de impunidad, si no se desarrolla, pide principio. Es necesario especificar por qué da lugar a una laguna de impunidad insoportable no castigar a quien cree (erróneamente) estar manteniendo relaciones sexuales consentidas o a quien cree que la persona con quien mantiene relaciones sexuales es mayor de dieciséis años cuando, en rea-

²⁴ La posición más acabada de su propuesta se encuentra en LASCURAÍN SÁNCHEZ, *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, 77, 2018, p. 18; y en LASCURAÍN SÁNCHEZ, en AGUSTINA (coord.): *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, 2023, pp. 59-60.

²⁵ PÉREZ DEL VALLE, *Diario La Ley*, n. 10045, 2022, p. 7; y, más matizadamente, PÉREZ DEL VALLE, en AGUSTINA (coord.): *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, 2023, p. 66.

²⁶ MONGE FERNÁNDEZ, *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, 2020, p. 297.

²⁷ De modo más ambiguo sostuvo JERICÓ OJER, *Boletín de la comisión de violencia de género. Jueces y Jueces para la Democracia*, 11, 2020, p. 24, n. 19, que la incriminación de la agresión sexual imprudente «podría dar entrada al reproche penal en aquellos supuestos en los que, por ejemplo, el autor incurre en un error acerca del consentimiento manifestado por la víctima (...) comportamientos que con la regulación actual permanecen impunes. Sin embargo, en contrapartida la tipificación del delito imprudente podría generar la tendencia de rebajar al grado de imprudencia (consciente) actuaciones que en realidad deben ser imputadas subjetivamente a título de dolo eventual». Igualmente, presenta la idea sin tomar decididamente partido por ella DEL MORAL GARCÍA, en AGUSTINA (coord.): *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, 2023, p. 120.

²⁸ RAMOS TAPIA, en VILLACAMPA ESTIARTE y AGUADO CORREA (Coords.): *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores*, 2015, p. 117; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, 77, 2018, p. 18; PÉREZ DEL VALLE, *Diario La Ley*, n. 10045, 2022, p. 7; CANCIO MELIÁ, en *Liber Amicorum* en homenaje al Profesor Julio Díaz-Maroto y Villarejo, 2023, p. 120, n. 30; LASCURAÍN SÁNCHEZ, en AGUSTINA (coord.): *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, 2023, p. 60.

²⁹ CANCIO MELIÁ, *Diario La Ley*, n. 6, 1996, p. 9; RAMOS TAPIA, en VILLACAMPA ESTIARTE y AGUADO CORREA (Coords.): *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores*, 2015, p. 117; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, 77, 2018, p. 18; CANCIO MELIÁ, en *Liber Amicorum* en homenaje al Profesor Julio Díaz-Maroto y Villarejo, 2023, p. 120, n. 30. En este sentido apunta también con claridad, aunque sin defender de manera expresa la inclusión de la modalidad imprudente en los delitos sexuales y en referencia exclusiva al error sobre la edad, PÉREZ ALONSO, *CPC*, 127, 2019, p. 40.

³⁰ Ya advertía de ello DE VICENTE REMESAL, *Poder Judicial* 8, 1987, p. 77.

lidad, no lo es. A mi juicio (como se verá), el no explicitar esas razones es lo que hace que la propuesta cuente con puntos débiles.

Más sólido resulta el segundo argumento: el problema de la sobre-punición. De este problema, en términos más amplios, advertían ya agudamente de Vicente Remesal³¹, Feijoo Sánchez³² y Silva Sánchez³³ cuando señalaban que el sistema de *numerus clausus* podría acabar conduciendo a una expansión del concepto de dolo eventual. Esta práctica, parece claro, debe ser combatida, pues no supondría más que castigar a título de autor doloso a quien no era más que un autor imprudente. Y es posible que ello esté produciéndose efectivamente en la práctica³⁴. La inclusión del tipo imprudente serviría, entonces, para revertir esta situación.

El argumento es, sin duda, atractivo, pero no resulta del todo convincente. Presupone, al menos, dos cosas: (i) que se están castigando como dolosas conductas en verdad imprudentes y (ii) que ello se solucionará con solo incluir el tipo imprudente. Aunque lo primero fuera cierto, lo segundo no tendría por qué serlo. Me resulta difícilmente creíble que la introducción del tipo imprudente fuera a conducir (al menos a corto y medio plazo) a una «recomposición del dolo». De este modo, dudo que, por esta vía, su inclusión fuera a servir para castigar menos en el futuro cosas que hoy ya se castigan, sino que solo serviría para castigar cosas que hoy no se castigan.

Más allá de todo esto, se podría estimar razonable la inclusión del tipo de agresión sexual imprudente bien porque se considera oportuno colmar la laguna de punición, bien porque se cree que sigue siendo posible a estas alturas «reformular» el dolo eventual evitando riesgos de sobre-punición, o bien por ambas cosas. Por ello, dedicaré el siguiente apartado a exponer algunas razones por las que, aunque todo esto fuera así, la inclusión de tal tipo imprudente no sería adecuada.

IV. RAZONES POR LAS QUE SERÍA INADECUADO TIPIIFICAR LA AGRESIÓN SEXUAL IMPRUDENTE

Las razones por las que no sería apropiado incluir un tipo de agresión sexual imprudente son varias y de diversa naturaleza. Por motivos de espacio, me limitaré aquí a enunciarlas sencillamente como tesis. Apenas podré dete-

³¹ Así de VICENTE REMESAL, Revista Xurídica Galega, 23, 1999, p. 14.

³² FEIJOO SÁNCHEZ, CPC 62, 1997, p. 318.

³³ SILVA SÁNCHEZ, El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales, 1997, p. 90.

³⁴ Vid., para una exposición más detallada al respecto, PÉREZ ALONSO, CPC 127, 2019, pp. 35-55.

nerme a desarrollarlas, pero confío en que su enunciación sea suficiente para su recta comprensión³⁵.

1. La inclusión de un tipo de agresión sexual imprudente supondría que agresiones sexuales «ni siquiera» imprudentes fueran procesalmente perseguidas. Esto no es más que un efecto *necesario* de la aplicación práctica de nuestro derecho penal. Hoy, para condenar agresiones sexuales dolosas será preciso enjuiciar (o, al menos, investigar) conductas que *prima facie* parezcan dolosas y resulten luego ser «solo» imprudentes. Si mañana se tipifican las agresiones sexuales imprudentes, será necesario investigar y enjuiciar conductas que ni siquiera lo sean, con los importantes costes que, para todos los implicados, tendría un proceso de esta naturaleza.

2. La tipificación de las agresiones sexuales imprudentes ensancharía peligrosamente los (ya amplios) poderes de la acusación en el marco del proceso penal; poderes que, en un ordenamiento jurídico como el nuestro, deben ser contenidos. Permitiría, sin ir más lejos, que las agresiones sexuales imprudentes pasaran a ser objeto de una posible conformidad. De este modo, se producirían dos efectos perniciosos. Por un lado, se podría «apretar» más al acusado, viéndose este «obligado» a aceptar una condena inmerecida (pero menor que la que se le podría llegar a imponer). Por otro lado, y por distintas razones, supuestos que deberían ser condenados como dolosos podrían acabar siendo condenados «simplemente» como imprudentes³⁶.

3. Tipificar como delito la agresión sexual imprudente podría generar una especie de «efecto desaliento» en el ejercicio de derechos fundamentales. Como explica Cuerda Arnau, «el efecto de desaliento es el resultado disuasorio indirecto que sobre el ejercicio de un derecho fundamental produce la sanción penal de una conducta ilícita pero muy cercana a las que resultan amparadas por el derecho en cuestión»³⁷. Si se admite que el ejercicio de la libertad sexual, por una u otra vía, constituye un derecho fundamental³⁸, se debe admitir que la tipificación de conductas *próximas* a él puede comportar tal efecto

³⁵ Para un desarrollo más pormenorizado de los siguientes argumentos me remito a mi artículo «Puente Rodríguez, REPC, 25, 2023, pp. 1-42».

³⁶ Como hemos visto en una nota anterior, señalaba que este era un riesgo posible de la tipificación de las agresiones sexuales imprudentes (sin alusión a su efecto sobre las conformidades) JERICÓ OJER, Boletín de la comisión de violencia de género, Juezas y Jueces para la Democracia, 11, 2020, p. 24, n. 19.

³⁷ CUERDA ARNAU, InDret, 2/2022, p. 92.

³⁸ En esta línea apuntan PÉREZ ALONSO, InDret, 3/2019, p. 3, y ÁLVAREZ GARCÍA, Diario La Ley, n. 10007, 2022, p. 11. En cualquier caso, aunque no se compartiera que la libertad sexual constituye un derecho *fundamental*, habría que convenir que, al menos, es un *derecho*. Aunque ya no se podría hablar en sentido estricto de «efecto desaliento de derechos fundamentales», parece que la idea de fondo permanecería firme: las personas no deberían temer ser condenadas por ejercer sus derechos (fundamentales o no).

desaliento. No cabe duda de que *las agresiones sexuales dolosas no están próximas al ejercicio de este derecho*. Sin embargo, la cosa no resulta tan clara en el ámbito de la agresión sexual imprudente. Si no basta para hacer responsable a un sujeto con que su conducta sea dolosa, sino que es suficiente con una inobservancia de sus deberes de cuidado (imprudencia), parece que «el potencial autor» deberá ser más cauteloso. Pero esa cautela adicional revertirá también sobre «la potencial víctima» que, en caso de querer entablar ese contacto sexual, se verá también obligada (*motu proprio* o a petición de la otra persona) a disipar las dudas de la otra parte. Si partimos de que ambas partes desean dicha relación sexual, lógicamente, no tenemos ni autor, ni víctima, sino solo personas que están viendo limitado el modo en que pueden entablar libremente una relación sexual.

4. La existencia de la agresión sexual imprudente generaría problemas en el ámbito de las relaciones sexuales mantenidas por dos personas que se encuentran bajo los efectos del alcohol (u otras sustancias). La idea es sencilla: si se mantienen dos baremos distintos para ser penalmente imputable y para tener capacidad para consentir una relación sexual, se producen situaciones verdaderamente paradójicas³⁹. Si dos personas que se encuentran igualmente afectadas por el alcohol mantuvieran una relación sexual entre sí, podría darse el caso de que ambas fueran todavía imputables y, sin embargo, incapaces de consentir válidamente la relación sexual que mantienen. Nos encontraríamos ante una «absurda» agresión sexual recíproca⁴⁰. El problema es que es razonable mantener baremos distintos, pues son baremos construidos en atención a diversos fines⁴¹. Así, este problema resulta en la teoría difícilmente evitable (cuestión distinta será que en la práctica estos asuntos no lleguen frecuentemente a ser conocidos). Esta situación, en cualquier caso, se ve bastante atemperada en nuestra regulación actual al exigirse el dolo para castigar a alguien por un delito de agresión sexual. Un sujeto puede ser imputable y obrar, no

³⁹ Así, como explica ESQUINAS VALVERDE, en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS/ESQUINAS VALVERDE (Dir.): *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen*, 2022, p. 168, «en lo que afecta a esta modalidad de abuso por ‘privación de sentido’ de la víctima es preciso advertir que, hallándose el sujeto pasivo en tal estado de alcoholemia, adormilamiento, etc. y siendo el mismo percibido y utilizado por el sujeto activo, no podrá éste ya alegar error de tipo acerca de la ausencia de consentimiento de la víctima, incluso aunque el propio abusador se encuentre bajo el influjo de bebidas alcohólicas (salvedad hecha, claro está, de una posible apreciación de la eximente, completa o incompleta, del art. 20.2.º CP)». Pero, ¿cómo identificar aquí quién es el agresor y quién la víctima?

⁴⁰ En las atinadas palabras de RAGUÉS I VALLÈS, en SILVA SÁNCHEZ (Dir.): *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 8.ª ed., 2023, p. 96, «es evidente que no puede considerarse que existe delito cada vez que dos personas que han bebido acaban manteniendo relaciones sexuales».

⁴¹ Vid., para una muy sugerente propuesta de «armonización» (parcial) de ambos baremos, ÍÑIGO CORROZA, ADPCP, LXXXV, 2022, *passim*. No puedo suscribir, sin embargo, dicho planteamiento al partir ambos de presupuestos metodológicos muy distintos.

obstante, sin dolo (sin conocimiento de que la otra persona no está prestando un consentimiento plenamente válido) como consecuencia de su propio consumo de alcohol. Esto no es más que una especie del género «error derivado de anomalías o alteraciones psíquicas»⁴². Ahora bien, de admitirse la tipificación de delitos sexuales imprudentes, la situación se complica extraordinariamente, pues si el error sobre el consentimiento fuera vencible, ambas personas serían todavía responsables de la agresión, lo que no deja de resultar llamativo.

5. No es obvio qué supuestos de lagunas de impunidad tienen en la cabeza los autores que proponen la tipificación de la agresión imprudente. Por un lado, en los supuestos en que el error versa sobre el consentimiento parece evidente que habrá que descartar este siempre que el autor sea consciente del entorno coactivo (por concurrencia de violencia, intimidación, prevalimiento, etc.) o abusivo (cuando, por ejemplo, la víctima se halle privada de sentido)⁴³. Así pues, habría que preguntarse si en entornos de otra naturaleza (ni coactivos, ni abusivos) tendría sentido castigar penalmente a quien mantiene una relación sexual cuyo carácter no consentido desconoce; contextos en que la víctima de la agresión sexual imprudente no se hallaba en situación coactiva o abusiva alguna y, sin embargo, no manifestó su oposición a la relación sexual o a los términos en que se desarrolló. Gil Gil y Núñez Fernández han señalado que, prescindiendo de los casos de obvia significación delictiva, «[e]s esencial limitar la intervención punitiva de manera que cada uno de nosotros sea hasta cierto punto responsable de resolver los conflictos que puedan surgir en su relación con los otros, sean de la naturaleza que sean»⁴⁴. Esto, en el ámbito no coactivo, ni abusivo al que ahora nos referimos, parece cierto. Puede, desde luego, haber contextos de intimidación difusa, pero si esta es achacable al autor, no resulta fácilmente admisible el error. Puede, también, haber contextos de incapacidad para consentir que no sean perceptibles para el autor, pero si no lo son, reconociendo lo desagradable que puede ser la experiencia para la otra parte, tampoco parece que haya aquí ningún reproche penal justificado. Por

⁴² Vid., acerca de esta clase de error, MOLINA FERNÁNDEZ, ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, 74, 2008, *passim*.

⁴³ ACALE SÁNCHEZ/FARALDO CABANA, en FARALDO CABANA/ACALE SÁNCHEZ (Dir.): La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España, 2018, p. 17, han señalado con claridad que «[p]or fortuna, nuestro Tribunal Supremo ha reconocido desde hace casi 20 años (STS de 3 de mayo de 1999) que para que exista agresión sexual no es preciso que el autor sea consciente del estado psicológico de la víctima, porque es suficiente con que sepa que su acción se desarrolla en un contexto intimidante por sí mismo para ella». Vid., en sentido parecido, GONZÁLEZ TASCÓN, EPC, 43, 2023, p. 21; y RAGUÉS I VALLÈS, en SILVA SÁNCHEZ (Dir.): Lecciones de Derecho penal. Parte especial, 8.ª ed., 2023, p. 140.

⁴⁴ GIL GIL/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, El Cronista del Estado social y democrático de Derecho, 77, 2018, p. 13.

otro lado, cuando el error versa sobre la edad, la «insostenible» laguna de impunidad tampoco debería ser tal para buena parte de la doctrina. Y es que hay algo extraño en sostener que no puede quedar impune la conducta de quien mantiene una relación sexual con un menor de quince o catorce años pensando que tiene dieciséis y defender que, como es casi un lugar común en la doctrina, la actual edad legalmente determinada para consentir el mantenimiento de relaciones sexuales es demasiado elevada y debería rebajarse. Hay algo contradictorio en sostener a la vez que *lege ferenda* debería castigarse a quien tiene sexo con un joven de quince años pensando que tiene dieciséis y que, también *lege ferenda*, ese joven de quince años debería poder consentir libremente su participación en prácticas de carácter sexual⁴⁵.

6. Por otro lado, la nueva definición legislativa de consentimiento de nuestro CP, que dispone que sólo concurrirá «cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona», ha de tener impacto sobre el error. La falta de consentimiento es un elemento del tipo en estos delitos y debe ser alcanzado por el dolo del autor. Si el consentimiento se ve modificado, como lo ha sido, también lo será aquello a lo que debe proyectarse el dolo del autor y, en consecuencia, el propio delito doloso. Hasta la reforma de 2022 era delito doloso de agresión mantener una relación *sin consentimiento*. Desde entonces es delito mantenerla *sin consentimiento y con un consentimiento distinto del expresado por el CP*⁴⁶. Se ha ensanchado, en definitiva, el concepto de agresión sexual dolosa absorbiendo parte de lo que antes sería una agresión imprudente. Para que hoy exista una agresión imprudente es preciso que el sujeto yerre sobre la existencia de actos libremente manifestados que expresen «de manera clara» la concurrencia de consentimiento. No basta con que el «autor» crea que, *en el fondo*, hay consentimiento, tiene que creer que lo hay «de manera clara» *en la superficie*. No parece fácil imaginar supuestos de error en estos casos y si los hubiera, no parece evidente que tuvieran que ser castigados.

7. Hay más razones que abogarían por mantener la impunidad de las agresiones sexuales en nuestro CP, pero, por cuestiones de espacio, no puedo detenerme en ellas⁴⁷. Estas tendrían que ver con las genéricas razones para

⁴⁵ Vid., al respecto, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/TRAPERO BARREALES, en BACIGALUPO SAGGESE, et al (Coords.): Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo, 2016, *passim*. Dichos autores, compartiendo la postura dominante en la doctrina, entienden que este límite resulta «como mínimo altamente discutible» (p. 876).

⁴⁶ Lo explica con claridad CASTELLVÍ MONSERRAT, en CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN: Comentarios al Código penal, 2024, pp. 854-855 (en capítulo titulado «Delitos contra la libertad sexual»).

⁴⁷ Vid. «Puente Rodríguez, RECPC, 25, 2023, pp. 1-42».

punir excepcionalmente la imprudencia, la dificultad para encontrar una pena adecuada que no supusiera distorsiones valorativas en nuestro Código, la existencia de una menor lesividad para la víctima en la agresión sexual imprudente en comparación con la dolosa y los peliagudos problemas de prueba que podrían suscitarse y que podrían no solo no contribuir a evitar la revictimización, sino fomentarla.

V. CONCLUSIONES

Hace ya casi cuarenta años desde que el Profesor de Vicente dedicara un muy fructífero esfuerzo a la cuestión del error sobre los elementos del tipo en delitos de carácter sexual y, como decía al comienzo, son varias las batallas que afortunadamente ganó. Muy señaladamente la de, como convincentemente sostuvo nuestro homenajeado, considerar el error sobre la edad de la víctima como un error de tipo y concederle, por tanto, relevancia jurídica⁴⁸. Lo terrible (y hermoso) del Derecho penal es que es una guerra continua y esa victoria nos llevó a un nuevo campo de batalla: tipificar o no la agresión sexual imprudente; algo que, a mi juicio, como he tratado de explicar, y pese a la existencia de algunos argumentos que apuntarían en tal dirección, no deberíamos hacer.

En esta y otras batallas estamos hoy gracias a que nuestro homenajeado y otros grandes penalistas de nuestro país avanzaron a este estadio. No podemos prescindir ni de lo que hicieron, ni de lo mucho que les queda por hacer, para afrontarlas. Necesitamos a los mejores guerreros para las muchas batallas que todavía quedan.

⁴⁸ Cfr. DE VICENTE REMESAL, CPC, 28, 1986, p. 103; y Poder Judicial, 8, 1987, p. 87.

CAPÍTULO LXXXIII

LA REGULACIÓN DEL ROBO, EL HURTO Y LA APROPIACIÓN INDEBIDA DE ANIMALES DESDE LAS LEYES 7/2023 Y ORGÁNICA 3/2023 Y SU INCIDENCIA EN LA LEGÍTIMA DEFENSA *

LUIS MIGUEL RAMOS MARTÍNEZ
Ayudante de Derecho penal. Universidad de León

*Al Prof. Dr. Dr. h. c. Javier de Vicente Remesal;
gracias por transferirnos tus conocimientos especiales y superiores.*

I. INTRODUCCIÓN **

Son varias las novedades relevantes que introduce la LO 3/23 en materia de maltrato animal, complemento penal¹ de la LPDBA (L 7/23): la creación de

* Esta publicación forma parte de una investigación más amplia dirigida por el Dr. Dr. *h. c. mult.* Miguel Díaz y García Conlledo y la Dra. María Anunciación Traperero Barreales, desarrollada en el marco del Proyecto de investigación PID2019-108567RB-C21 (AEI), del que también son IP, y en las tareas de investigación de la UIC 166 CyL y del GI DPULE, dirigidos ambos por el primero de aquellos.

** Abreviaciones utilizadas: AEI [Agencia Estatal de Investigación], art(s). [artículo(s)], BOCG [Boletín Oficial de las Cortes Generales], CC [Código Civil], CE [Constitución Española], coord. [coordinador/a], CP [Código Penal], CyL [Castilla y León], dir. [director/a], DLL [Diario La Ley], DP [Derecho penal], Dr/a. [Doctor/a], ed. [edición], (p.) ej(s). [(por) ejemplo(s)], GI [Grupo de Investigación], *h. c. (mult.) [honoris causa (multiplex)]*, IP [Investigador(es) Principal(es)], JZ [JuristenZeitung], L(O) [Ley (Orgánica)], LLP [La Ley Penal], LOPSC [Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana], LPDBA [Ley de protección de los derechos y el bienestar de los animales], LSA [Ley de sanidad animal], NFP [Nuevo Foro Penal], PG [parte general], Prof. [profesor/a], RAE [Real Academia Española], s(s). [y siguiente(s)], StGB [Strafgesetzbuch], TIC [tecnologías de la información y la comunicación], UIC [Unidad de Investigación Consolidada], ULE [Universidad de León].

¹ Aunque no se exprese así en el preámbulo de la LO. Sí se hace referencia a la necesaria adaptación del CP al nuevo estatus de los animales desde la L 17/21, que modificó la legislación civil para darle un nuevo régimen jurídico a los animales. Sobre las normas supraestatales que han influido en la reforma v. DE VICENTE MARTÍNEZ, Reformas penales aprobadas a lo largo de la XIV Legislatura, 2023, 201.

un nuevo Título en el Libro II CP, el XVI *bis* «De los delitos contra los animales», y la clarificación del bien jurídico que protegen los delitos en él contenidos, a saber, la «vida, salud e integridad, tanto física como psíquica»² de los animales; la protección de los animales vertebrados³ silvestres frente al maltrato (art. 340 *bis*.1 y 3 CP) y que se encuentre bajo la responsabilidad del sujeto activo frente al abandono (art. 340 *ter* CP); la despenalización de la «explotación sexual»⁴ de los animales siempre que no se les cause lesión (art. 340 *bis*.1 CP); la introducción de la necesidad de tratamiento veterinario para el restablecimiento de la salud del animal⁵ como elemento objetivo del tipo de maltrato básico (art. 340 *bis*.1 y 4 CP); y la adición de cinco nuevas circunstancias agravantes específicas⁶ (art. 340 *bis*.2 CP).

Junto con otras materias como el medio ambiente o la ordenación del territorio, la protección de los animales es una de las manifestaciones del DP administrativo: antes de que el DP tutelase esos bienes jurídicos ya había intervenido la normativa administrativa⁷ y, por eso, no solo es imprescindible completar la norma penal con sus excepciones dada la caracterización de los delitos que todavía pueden llamarse de maltrato animal –actual art. 340 *bis* CP– como tipos penales en blanco, en los que se sustituye la conducta básica de maltratar «injustificadamente» por la de causar lesión o la muerte fuera de las actividades

² Preámbulo LO 3/23, párrafos 3.º y 7.º, ambos *in fine*. Aunque el debate sobre cuál sea realmente el bien jurídico de las conductas relacionadas con el maltrato animal puede seguir abierto, se desprende de la voluntad del legislador de cerrarlo. Resumió las posturas que se han venido manteniendo al respecto DURÁN SECO, LLP 123, 2016, 4 s.: negación de existencia de bien jurídico; protección del medio ambiente; protección de la vida y/o salud de los animales; protección del bienestar animal; y protección del conjunto de obligaciones de carácter bioético que tiene el hombre para con los animales. La autora se decantaba por un bien jurídico de doble vertiente, respetuoso con la concepción personal del mismo, protegiéndose simultáneamente: las sensaciones o emociones que a los seres humanos nos produce el maltrato hacia los animales y el bienestar animal.

³ Preámbulo LO 3/23, párrafos 5.º y 10.º

⁴ Expresión indeterminada que dejaba demasiado margen a interpretaciones exclusivamente morales.

⁵ Están por ver las exigencias procesales de este criterio paralelo al tratamiento médico o quirúrgico del art. 147.1 CP; seguramente se haga necesario informe veterinario para acreditar las lesiones o la muerte –y no solo facturas–, suscitando especial intriga lo relacionado con las psíquicas o emocionales. Al no existir la figura del veterinario-forense, dichos informes siempre serán emitidos por profesionales privados.

⁶ Que el hecho se realice por el propietario o cuidador (d); que se ejecute con ánimo de lucro (f); que sea expresión del llamado «maltrato vicario» –MAGRO SERVET, de 28 de marzo, DLL 10262, 2023, 5 y 8, insiste en que se ha creado una «subespecie de la agravante de género específica», pero en la circunstancia se habla de «cónyuge o persona» y no de «esposa o mujer»– (g); que se ejecute en un evento público o se difunda a través de las TIC (h); o que se utilice «veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva o no selectiva» (i). Además, se matizan dos de las ya existentes: sustituyendo la expresión «concretamente peligrosas para la vida del animal» por «que pudieran resultar peligrosas para la vida o salud del animal» en la referente a los medios (a); y añadiendo a las personas especialmente vulnerables junto a los menores en la referente a la presencia de estos (d).

⁷ COLÁS TURÉGANO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/PERIAGO MORANT (coord.), De animales y normas. Protección animal y derecho sancionador, 2015, 114 s.

legalmente reguladas, sino que también hay que conocer el catálogo de infracciones administrativas⁸, en especial el establecido por la LPDBA. De entre ellas destaca, por dos razones fundamentales, la infracción grave tipificada en la letra l de su art. 74, cuyo supuesto de hecho da título a este trabajo. La primera de estas razones sería la coincidencia con delitos vigentes, técnica legislativa que tiene sentido y respeta el principio de *ultima ratio* del DP cuando dicha coincidencia es parcial y lo que se establece es una infracción administrativa residual que recoge todos los supuestos que no tienen la suficiente entidad para ser considerados delictivos por el legislador⁹; no así cuando la coincidencia es –como se verá, prácticamente– total. La segunda, independiente de la anterior, es la referencia a conductas que no se entienden fuera del DP, pues no se habla, p. ej., de «sustracción» o «apoderamiento» de animales, sino de «robo», de «hurto» y de «apropiación indebida», expresiones técnico-jurídicas que se vacían de significado si no hay remisión al CP.

Surge enseguida la duda de si la referencia a estos tres delitos o categorías de delitos¹⁰, que expresa y exclusivamente protegen la posesión/propiedad de los bienes muebles, de alguna manera complementa o directamente sustituye al castigo penal, y qué consecuencias tienen las distintas posibilidades. Para dar una respuesta, partiendo de la dependencia terminológica mencionada, es necesario comenzar analizando qué puede ser objeto material (II) de cada una de las dos clases de infracciones, pasando luego a plantearse si el bien jurídico protegido (III) por las conductas homónimas es el mismo, para después enumerar las alternativas y sus consecuencias jurídicas (IV), tomando partido por la que aparece como la correcta, y finalizando con un breve comentario sobre la trascendencia de cada una de las opciones en la justificación de conductas aparentemente típicas realizadas por particulares para evitar estas sustracciones (V), en especial, en la legítima defensa.

⁸ Excepto La Rioja, todas las Comunidades Autónomas tienen ley de protección animal propia.

⁹ Este sería el caso de la también infracción grave tipificada en la letra k del mismo precepto, que tipifica el abandono de animales –de compañía y silvestres en cautividad–, frente al delito del art. 340 *ter* CP, que castiga esta misma conducta cuando el objeto material sea un animal vertebrado y la misma se dé en condiciones en que pueda peligrar su vida o integridad. Sin ahondar en la confusión que puede provocar que al final de la falta administrativa se «aclare» que se considerará infracción grave el abandono del animal en condiciones de riesgo, parece que el abandono de invertebrados, en cualquier caso, o de vertebrados en condiciones en las que no pueda peligrar su vida o integridad, serán castigados conforme a la LPDBA, cerrando así la regulación penal. Otros ej. de esta técnica legislativa se encuentran en la LOPSC.

¹⁰ Por incluirse: el hurto común (arts. 234 y 235 CP) y el *furtum possessionis* (art. 236 CP); el robo con fuerza en las cosas (arts. 237 a 241 CP) y el robo violento o intimidatorio (art. 237 y 242 CP); y la apropiación indebida (art. 253 CP) y las otras formas de apropiación ilícita (art. 254 CP).

II. OBJETO MATERIAL DE LAS CONDUCTAS: ANIMALES COMO SERES SENTIENTES

El objeto material de la infracción administrativa es sencillo de delimitar: la infracción (art. 74.1 LPDBA) hace referencia «un animal», debiendo entenderse este como cualquier ser vivo no humano perteneciente al reino animal¹¹ que esté dentro de las dos categorías que conforman el objeto de la LPDBA: animales de compañía y silvestres en cautividad¹² (art. 1.1 LPDBA) –dichas categorías son definidas, junto con otros muchos conceptos, en el art. 3 LPDBA–. Quedan fuera los animales silvestres que no estén en cautividad por no estar dentro del ámbito de la norma, aunque, dada la dependencia terminológica con los delitos con los que comparten nombre, si estos animales salvajes no estuviesen excluidos implícitamente, lo estarían por no tener dueño, pues, en principio, independientemente de la consideración que se les dé en el Derecho civil –*res nullius, res communis, fructus fundi...*– y de que, en consecuencia, tengan o no un «titular», siguiendo susceptibles de ocupación en virtud de los arts. 333, 438, 465, 610 y demás concordantes CC. Además, lo haya querido o no el legislador, no podrán ser objeto material de esta infracción administrativa patrimonial todos aquellos animales que son excluidos expresamente por el art. 1.3 LPDBA: animales utilizados en espectáculos taurinos, animales de producción, animales utilizados en experimentación e investigación, animales silvestres y animales utilizados en actividades específicas, profesionales o en la caza¹³.

En resumen, podrán ser objeto material de la infracción tipificada en el art. 74.1 LPDBA los animales con dueño incluidos dentro del ámbito de aplicación de la norma, lo que se reduce a los de compañía y silvestres en cautividad (art. 3.a y d LPDBA).

El objeto material de los delitos coincidentes con las conductas tipificadas en dicho precepto requiere, en mayor medida, poner en conexión varias normas. Tras la entrada en vigor de la L 17/21, estos pierden su calidad de cosa mueble –semoviente–, nombrándose en el art. 333 CC, junto con los bienes muebles y

¹¹ La RAE define al animal como «[s]er orgánico que vive, siente y se mueve por propio impulso», pero, al no definirse en ninguna norma, el concepto más científico de animal es el de la categoría taxonómica, aunque se incluyan animales que, p. ej., carezcan de sistema nervioso central.

¹² Los animales silvestres en cautividad pueden ser de compañía, junto con los domésticos, si se incluyen en el «listado positivo de animales de compañía» (art. 3.d, Capítulo V del Título II y disp. final 4.^a LPDBA). Para definir los domésticos, el art. 3.b LPDBA se remite al art. 3.4 LSA (L 8/03): «aquellos animales de compañía pertenecientes a especies que críe y posea tradicional y habitualmente el hombre, con el fin de vivir en domesticidad en el hogar, así como los de acompañamiento, conducción y ayuda de personas ciegas o con deficiencia visual grave o severa».

¹³ Tampoco sería necesaria la mención expresa de todas aquellas categorías que no entrasen en conflicto con la de animales de compañía, en especial la de los animales silvestres libres.

los inmuebles, como tercera categoría que puede ser objeto de apropiación. El art. 333 *bis*.1 CC los define como «seres vivos dotados de sensibilidad» a los que únicamente les podrá seguir siendo aplicable el régimen jurídico de los bienes y de las cosas «en la medida en que sea compatible con su naturaleza o con las disposiciones destinadas a su protección». Esta última expresión no es pacífica, siendo la propia creación del art. 74.1 LPDBA prueba de ello.

Precisamente porque en DP rige de manera estricta el principio de legalidad, la no aplicación del CP ante la sustracción delictiva de un animal es la primera posibilidad que debe ser analizada. Ese sería el principal argumento de la exclusión de los animales como objetos materiales de ciertos delitos patrimoniales y de la necesidad del nuevo art. 74.1 LPDBA: si estos han dejado de ser cosas y existen determinados delitos que hacen referencia expresa a las cosas, el legislador, tras la reforma de 2021, debió de incluir a los animales expresamente en el CP tras su cambio de estatus; el no hacerlo podría estar revelando su intención de marcar diferencias entre las cosas y los animales también penalmente, aunque crearía lagunas de punibilidad que ahora, en 2023, han sido colmadas por la falta administrativa –pues no existe el delito de «secuestro de animal»–. Parece que esta era la idea que subyacía en la creación de la infracción¹⁴.

Si bien la homogeneidad de sanción para todas las conductas tipificadas en la infracción –ignorando, por cierto, la proporcionalidad del castigo entre ellas– reduce los problemas interpretativos que generaría sacar el hurto, el robo y la apropiación indebida de su contexto penal, merece la pena detenerse brevemente en esta cuestión. Aunque sea prácticamente irrelevante, para diferenciar entre las dos primeras a efectos de subsunción seguiría siendo imprescindible acudir al CP –romper la cadena que ata un perro a la farola para sustraerlo sería hurto, mientras que romper la cadena de la valla que lo encierra, robo–, o para definir la fuerza en las cosas como medio comisivo del robo y restringirla para acceder o abandonar el lugar en el que se encuentra el animal, y también así para la tercera, en la que la diferencia fundamental con el hurto es que ya se posee *ab initio* la cosa apropiada. Pero otros no parecen tan irrelevantes, principalmente los derivados de la necesidad de castigar por separado los atentados a los bienes jurídicos personales¹⁵ que constituyesen el medio del apoderamiento intimidatorio o violento –amenazas, coacciones, maltrato de obra, lesiones, etc.– y la infracción administrativa, sin que ninguno de ellos pudiese ser absorbido por no ser delito la sustracción –y, paralelamente en el

¹⁴ Se lee este argumento p. ej. en varias enmiendas al Proyecto de la que luego será la LO 3/23 (BOCG 21/XI/2022).

¹⁵ La intimidación o violencia contra el animal no serían sancionables si no encajasen en el maltrato.

robo con fuerza en las cosas y los daños patrimoniales mediales de los arts. 263 ss., aunque aquí podría entrar también en juego el *animus damnandi*–.

No obstante, si se parte de la naturaleza apropiable de los animales –arts. 333, 437¹⁶ y demás concordantes CC– y de la función protectora del DP –primer párrafo de la exposición de motivos CP¹⁷–, parece lógico que los animales puedan seguir siendo el objeto material de estos y de otros delitos de carácter patrimonial¹⁸. La estricta aplicación del principio de legalidad no significa que las categorías civiles vinculen inflexiblemente al DP, siendo un ej. clásico de esta relación la posibilidad de hurtar una obra de arte o estiércol, bienes que son inmuebles para el Derecho civil (art. 334.1.4.º y 7.º CC, respectivamente)¹⁹.

El problema ya no sería una laguna que ha sido colmada con poco acierto técnico, sino la concurrencia de dos normas aplicables al mismo supuesto de hecho.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR LAS CONDUCTAS: DERECHOS SUBJETIVOS Y VERTIENTE PATRIMONIAL DE LOS ANIMALES

Si se opta por la posibilidad de aplicar también el CP en los supuestos de delitos patrimoniales en los que el objeto material sea un animal, los problemas se han de resolver ahora atendiendo a la prohibición del *bis in idem*²⁰, pues una única conducta –el hurto, robo o apropiación indebida de un animal de compañía o silvestre en cautividad– se subsumiría simultáneamente en el art. 74.1 LPDBA y en el precepto del Título XIII del Libro II CP que correspondiese.

Intuitivamente se pensaría que el DP es la rama de aplicación preferente por su *vis* atractiva, por la subordinación de la potestad sancionadora administrativa, dándose, por tanto, un concurso de leyes o normas²¹. Además, este

¹⁶ «[...] También pueden ser objeto de posesión los animales, con las limitaciones establecidas en las leyes».

¹⁷ «El Código Penal ha de tutelar los valores y principios básicos de la convivencia social [...]». Sobre la protección de bienes jurídicos mediante la prevención, v. por todos: LUZÓN PEÑA, Lecciones de Derecho penal. Parte general, 3.ª ed., 2016, 13 (1/44-45).

¹⁸ No hace referencia a cosa mueble p. ej. el delito de extorsión (art. 243 CP), si se obligase mediante amenazas a realizar la donación de un animal, o el delito de daños (art. 263 CP), este en concurso –ideal– con el de maltrato animal correspondiente –en el apartado 2 del art. 263 CP se mantiene el supuesto cualificante (2.º) que recoge a la conducta de infectar o contagiar ganado–.

¹⁹ MUÑOZ CONDE, Derecho penal. Parte especial, 25.ª ed., 2023, 406 s. El autor defiende la aplicación del DP patrimonial a los animales también tras la L 17/21 –desde la 24.ª ed., 2022, 395–.

²⁰ Derivado del art. 25 CE.

²¹ Sobre la conexión de este concepto con el de las antinomias, v. ESCUCHURI AISA, en: POZUELO PÉREZ/RODRÍGUEZ HORCAJO, Concurrencia delictiva: la necesidad de una regulación racional, 2022, 69 ss.

concurso –CP y LPDBA– está expresamente previsto en el art. 70.1 LPDBA. Los criterios para su resolución serían: (a) el de especialidad, (b) de absorción o consunción y (c) el de alternatividad²². Pero antes de decidir si esta sería la solución, hay que analizar los requisitos del *bis in idem* que se recuerdan en su prohibición expresa contenida en el siguiente precepto, el art. 71.1 LPDBA²³: identidad de sujeto, hecho y fundamento.

Lógicamente, será el último de estos criterios el único que podría entrar en juego: la prohibición de que los preceptos concurrentes de aplicación compatible tutelen el mismo bien jurídico. Pueden confundir los apartados 2 y 3 del art. 71 LPDBA, pues parecen convertir en automática la exclusión del Derecho administrativo siempre frente al penal, pero la norma general de la concurrencia de procedimientos sancionadores es la establecida en el apartado 1, por lo que si fallase alguna de las identidades no habría problema en que concudiesen dos procesos a la vez –en el caso de distinta identidad de fundamento, se trataría de normas sancionadoras complementarias–. La cuestión se reduce, entonces, a discernir si el bien jurídico protegido por los delitos de hurto, robo y apropiación indebida –los bienes patrimoniales; concretamente, la posesión/propiedad de las cosas muebles– es el mismo que el protegido por la infracción administrativa.

En atención a lo expuesto, si lo protegido fuese en ambos casos la dimensión patrimonial de los animales, solo se podría aplicar una norma: preferentemente la penal o, subsidiariamente, en determinados supuestos en los que no se vulnere la institución de la cosa juzgada, la administrativa²⁴. No es fácil imaginar ejs. de esta aplicación subsidiaria, pues se ha partido de la dependencia terminológica de las infracciones administrativas con respecto de las penales –si no fuera así ¿bastaría un mero hurto de uso de animal para castigar a través de la LPDBA porque no se exige expresamente el ánimo de lucro?, ¿cabría también el castigo de las conductas imprudentes por no exigirse expresamente dolo, subsumiéndose bajo la infracción administrativa, p. ej., los casos de error en la ajenidad del animal o en el consentimiento de su dueño?–. Esa dificultad de imaginar ejs. subsumibles en la subsidiariedad de la norma

²² Excepto por la ausencia del criterio de subsidiariedad, son los mismos que los enumerados en el art. 8 CP –y con el mismo orden, siendo el de alternatividad también cláusula de cierre–, de aplicación en el concurso aparente de normas penales.

²³ «No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente cuando se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento» Los mismos requisitos se recuerdan en la prohibición del *bis in idem* material para el procedimiento administrativo sancionador en general en el art. 31.1 L 40/15.

²⁴ En el lenguaje de las antinomias la coincidencia sería total-parcial –siempre que hubiese delito habría infracción administrativa, pero no al revés– y no total-total.

administrativa, a excepción de supuestos declarados atípicos solo penalmente –p. ej. por el escaso valor patrimonial de un animal en un delito de hurto–, desvelaría que la inclusión de esta infracción resulta prácticamente inútil –aunque, como ya se ha dicho, la subsidiariedad no parece que fuera la finalidad perseguida por el legislador–.

Y existe una tercera alternativa ya introducida: si ante la misma conducta los bienes jurídicos protegidos por la infracción administrativa y por la penal son distintos, se podría aplicar ambas sanciones, pues estaríamos ante un concurso ideal de infracciones. Esto ocurriría si se considerase que la LPDBA y todas sus infracciones están destinadas únicamente a proteger un bien jurídico relacionado con los derechos y el bienestar de los animales –de manera paralela a los delitos modificados/introducidos por la LO 3/23, que protegen el bien jurídico «vida, salud e integridad» de los animales–. Si, ante la sustracción de un animal, el art. 74.1 LPDBA protege los derechos subjetivos-animales instaurados como positivos por la misma norma, se podría sostener la posibilidad de aplicar complementariamente –y no alternativa ni subsidiariamente– la LPDBA.

Esta última opción, sin embargo, encuentra una dificultad fundamental: al no venir expresamente definido el bien jurídico protegido con cada infracción administrativa tipificada en la LPDBA, es necesario identificarlo utilizando argumentos interpretativos y resulta casi imposible abstraerse al uso de los nombres de las conductas penales preexistentes. Esta idea ha sido reiterada desde el principio: ¿qué es un hurto, un robo o una apropiación indebida, sino lo que el CP –y la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales del orden penal– definen como tal?, ¿con qué criterios llevarían a cabo, si no fuese así, la subsunción las autoridades administrativo-sancionadoras? y, especialmente, ¿podría un hurto, un robo o una apropiación indebida, ya como conceptos, proteger algo distinto de la propiedad –o del aspecto patrimonial de los animales–?

IV. ALTERNATIVAS, CONSECUENCIAS Y TOMA DE POSTURA

Sintetizando, existen tres alternativas ante el robo, el hurto o la apropiación indebida de un animal de compañía o silvestre en cautividad:

– La primera, la exclusiva subsunción de los hechos bajo el art. 74.1 LPDBA por entender que los animales, en ningún caso, pueden ser el objeto material de los delitos que protegen únicamente cosas muebles.

La sustitución del castigo penal por el administrativo tendría una curiosa consecuencia: aunque la sanción establecida en el art. 76.1.b LPDBA no sea nada despreciable –multa de 10 001 € a 50 000 €–, el tomar objeto mueble ajeno, se supone, digno de menor protección estatal que un animal, podría conllevar pena de prisión en función del valor. P. ej.: el autor del hurto de un loro –ser dotado de sensibilidad– ajeno valorado en 500 € sería sancionado con una multa, mientras que el autor del hurto de una bicicleta –bien mueble– del mismo valor sería condenado a prisión –sin otras circunstancias, de 6 a 18 meses–.

Hay que señalar también que esta solución no colmaría totalmente la presunta laguna que la fundamenta, pues nunca podría ser sancionado a través de la LPDBA el hurto de un toro de lidia ni el robo de un perro de caza. Además, en general, al dejar estas conductas de ser delito, se producirían otras consecuencias, p. ej. a efectos de reincidencia –piénsese en el nuevo hurto menos grave multirreincidente introducido en el art. 234.2 CP por la LO 9/22–, de castigo de los actos preparatorios punibles –en el caso del robo de la apropiación indebida (art. 269 CP)– y de la tentativa, de la operatividad de la causa personal de exclusión de la punibilidad –tradicionalmente, excusa absoluta– del art. 268 CP o de responsabilidad civil derivada.

– La segunda, la exclusiva subsunción de los hechos bajo el precepto del CP correspondiente con hipotética aplicación subsidiaria del art. 74.1 LPDBA en contadas ocasiones, por poderse incluir dentro del objeto material del delito patrimonial en cuestión a los animales, siendo coincidente el bien jurídico en ambas clases de infracciones, penal y administrativa: la vertiente patrimonial de los animales.

Las consecuencias más llamativas se darían aquí en el plano estrictamente económico, pues es muy probable que casi siempre sea más alta la multa derivada de la infracción administrativa. La multa penal más grave es la del art. 250.2 CP, aplicada por remisión del art. 253.1 CP, con una duración de 24 meses –que coincide con el límite máximo ordinario establecido por el art. 50.3 CP–; multiplicados por la cuantía «estándar» de 6 €/día, resultaría una cantidad de 4320 €. Es cierto que si la operación se realiza con el valor máximo de 400 € diarios del apartado 4 del art. 50 CP, el resultado sería de 288 000 €, pero en la práctica, esta situación sería muy excepcional. El límite penal inferior puede ser, además, mucho más bajo: el mínimo de la pena establecido, p. ej., en el hurto leve, sería de 1 mes –art. 234.2 CP– con una cuota de 2 €/día –art. 50.3 y 4 CP–, es decir, 60 €. Como se intuye, aunque parezca preferible esta interpretación, igualmente se llegaría a escenarios absurdos: el autor del hurto de gato valorado en 400 € o menos sería castigado penalmente a una multa de 1 a 3 meses, que considerando la cantidad estándar de 6 €/día impuesta por nuestros

órganos jurisdiccionales se materializa en un intervalo de 180 € a 540 €; frente a la multa administrativa de miles de euros.

– La tercera y última, la simultánea subsunción de los hechos bajo el precepto del CP correspondiente y el art. 74.1 LPDBA, pues, además de incluir dentro del objeto material del delito patrimonial en cuestión a los animales, el bien jurídico protegido por ambas normas es distinto: la vertiente patrimonial y los derechos subjetivos de los animales, respectivamente.

Por poner algún ej. extremo: podría condenarse por hurtos o apropiaciones indebidas leves con multas mínimas en lo penal complementadas con miles de euros en vía administrativa.

Aunque lo importante será cómo resuelvan la cuestión los órganos judiciales y administrativo-sancionadores –si es que no se corrige antes legislativamente o se dictan instrucciones desde el ejecutivo–, se puede cerrar este apartado tomando postura, con base en los argumentos que se han ido desarrollando –la correcta interpretación del art. 333.1 *bis* CC y la cuestión conceptual–, a favor de la segunda –y más decepcionante– alternativa: la técnica legislativa ha sido deficiente y, creyendo que se colmaba una laguna de punibilidad, la infracción administrativa ha creado confusión y carece prácticamente de aplicabilidad.

V. JUSTIFICACIÓN DE CONDUCTAS REALIZADAS POR PARTICULARES PARA IMPEDIR O REPELER LA SUSTRACCIÓN DE UN ANIMAL

De manera paralela a las alternativas enumeradas en el apartado anterior, estas son las consecuencias en sede de justificación de conductas aparentemente típicas –que encajen en los conceptos de robo, hurto o apropiación indebida– realizadas por los particulares para impedir o repeler la sustracción de un animal de compañía o silvestre en cautividad:

– Si se considera que, tras la reforma, la sustracción ha quedado al margen del DP, solo cabría la justificación mediante estado de necesidad (art. 20.5.º CP) –defensivo²⁵, en su caso–, independientemente del bien jurídico que protegiese la infracción administrativa, pues fallaría ya el presupuesto fáctico de la legítima defensa (art. 20.4.º CP) por ausencia de una agresión

²⁵ Sobre esta modalidad de estado de necesidad v. LUZÓN PEÑA, Lecciones DP PG, 3.ª ed. 2016, 418 ss. (24/48 ss.).

ilegítima entendida como penalmente antijurídica²⁶. Como para apreciar un estado de necesidad completo se requiere proporcionalidad entre males²⁷ —o no gran desproporción, en el defensivo— y subsidiariedad, ante conductas similares se colocaría la defensa del dominio sobre los animales en peor posición que la defensa de la propiedad sobre los bienes muebles.

Lo anterior será aplicable también en aquellos supuestos en los que, pudiendo aplicarse, no se aprecie el delito, pero sí infracción administrativa, desarrollados a continuación.

— Si la sustracción siguiese siendo solo delito —salvo aquellos supuestos en los que, residualmente, fallase algún elemento de aquel, pero se pudiese aplicar la infracción administrativa— cabría legítima defensa del animal en su vertiente patrimonial con las restricciones legales correspondientes. En este caso, la restricción de la gravedad de la agresión ilegítima a supuestos típicos viene dada ya legalmente por las limitaciones que establece el requisito 1.º del apartado 4.º del art. 20 CP, pues: «[e]n caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes».

— Y si se aplicasen ambas ramas del ordenamiento al mismo hecho, el resultado sería el mismo que el anterior, pues por ser simultáneamente infracción administrativa y delito, este último por protegerse penalmente la vertiente patrimonial de los animales, cabría legítima defensa con las restricciones legales mencionadas.

Finalmente, aunque solo esté indirectamente relacionado con los problemas planteados por el concepto de agresión ilegítima asumido, respecto del reconocimiento formal de derechos subjetivos a los animales —de compañía y silvestres en cautividad— y su incidencia en la justificación, hay que señalar que se ha abierto la puerta para considerar que en la expresión «en defensa de la persona o de derechos propios o ajenos», concretamente en la categoría de derechos ajenos, cabrían los nuevos derechos de los animales reconocidos —bien jurídico penalmente protegido²⁸—. Esta cuestión, tratada no hace mucho en Alemania por GRECO²⁹, parece presentar menos dificultades en nuestro orde-

²⁶ Si se adopta la interpretación sistemática y valorativa dominante. V. LUZÓN PEÑA, Aspectos esenciales de la legítima defensa, 2.ª ed., 2002, 476 ss.; y: Lecciones DP PG, 3.ª ed., 2016, 388 s. (23/28-30).

²⁷ Hay que tener en cuenta que, a efectos de ponderación, en esta alternativa la situación de necesidad nunca sería delito.

²⁸ En relación con el art. 1.2 LPDBA: «Se entiende por derechos de los animales su derecho al buen trato, respeto y protección, inherentes y derivados de su naturaleza de seres sintientes». V. nota 2.

²⁹ GRECO, JZ 8, 2019 —versión traducida por FAKHOURI GÓMEZ en: NFP 92, 2019—, se muestra favorable, aunque con especiales restricciones, a incluir a los animales en la expresión «*einem anderen*» del § 32 (2) StGB.

namiento: la persona –ser humano– tiene mención separada en la eximente, y no ha habido dificultades en incluir los bienes jurídicos de las personas jurídicas en la expresión «derechos ajenos» –solo en esa categoría, pues nunca se podrían autodefender en el sentido de la justificación–. Esto podría ser de aplicación, p. ej., para los delitos de maltrato animal que estuviesen en concurso con la sustracción, aunque la cuestión habría de ser tratada con profundidad porque, como se ha visto, ni coinciden exactamente el bien jurídico protegido en los delitos contra los animales con los derechos subjetivos declarados en la LPDBA, ni los animales que pueden ser objeto material de esos delitos con los amparados por la LPDBA.

V. CONCLUSIONES

1. Además de ir acompañada de la reforma del CP operada por la LO 3/23, la LPDBA incorpora un catálogo de infracciones administrativas –estatales– destinadas a proteger los derechos y el bienestar de los animales de compañía y silvestres en cautividad. Entre ellas se encuentra «[e]l robo, hurto o apropiación indebida de un animal», infracción que, prescindiendo de definiciones propias, tipifica tres categorías de conductas ya recogidas en el CP, por lo que, al menos terminológicamente, está clara su dependencia del DP.

2. Con su creación parece que el legislador quería colmar una presunta laguna punitiva originada en la reforma efectuada por la L 17/21 por la que los animales dejaron de ser jurídicamente cosas muebles para pasar a ser «seres vivos dotados de sensibilidad»; sin embargo, la correcta interpretación del art. 333.1 *bis* CC permite que los animales, por su naturaleza apropiable y por la función protectora del DP, sigan siendo el objeto material de esas sustracciones tipificadas el CP, existiendo ahora dos normas aplicables ante un mismo supuesto de hecho.

3. La prohibición del *bis in idem* reubica la cuestión en la identidad de fundamento, pero la coincidencia literal de las conductas, la cláusula de inhibición de la LPDBA ante la posibilidad de existencia de delitos y los resultados de combinar ambas –variando la entidad de la penal, que es la única que puede ser graduada– apuntan hacia la incompatibilidad de sanciones. Por ello, salvo los pocos supuestos que puedan encajar en las conductas de robo, hurto y apropiación indebida y ser, a su vez, atípicos penalmente, será de aplicación la regulación del CP.

4. Las distintas alternativas de relación entre la nueva infracción administrativa y los delitos ya existentes tienen también distinta incidencia en la

justificación mediante la legítima defensa, aunque se puede resumir la cuestión en la necesidad de una agresión ilegítima delictiva y no solo contraria a normas administrativas. No obstante, el reconocimiento formal de derechos subjetivos a los animales, plasmado en el bien jurídico protegido en los delitos de maltrato animal –«vida, salud e integridad, tanto física como psíquica» de los animales–, conlleva la posibilidad de actuar en legítima defensa de tercero-animal para impedir o repeler agresiones relacionadas sin las limitaciones impuestas para los bienes patrimoniales.

5. Se puede concluir, finalmente, que el legislador ha creado una regulación confusa, que requiere de especiales esfuerzos interpretativos, y seguramente ineficaz, siendo preferible que hubiera aprovechado la reforma para aclarar si los animales eran o no posible objeto material de los delitos de hurto, robo y apropiación indebida, estableciendo un régimen especial en el CP, de una forma u otra en función de la respuesta, cuya gravedad fuese intermedia entre la protección del patrimonio y de la libertad de las personas.

CAPÍTULO LXXXIV

CONSIDERACIONES POLÍTICO CRIMINALES SOBRE LOS ATAQUES DE DENEGACIÓN DE SERVICIOS DE LOS SISTEMAS DE INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN *

M.^a ÁNGELES RUEDA MARTÍN

Catedrática de Derecho penal. Universidad de Zaragoza

I. En nuestro Código penal se penalizan los ataques de denegación de servicios de los sistemas de información y comunicación desde la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, que contempló por primera vez en el artículo 264.2 en el Capítulo IX, *De los daños*, del Título XIII, *Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico*, un nuevo delito consistente en obstaculizar o interrumpir el funcionamiento de un sistema informático ajeno, introduciendo, transmitiendo, dañando, borrando, deteriorando, alterando, suprimiendo o haciendo inaccesibles datos informáticos, cuando el resultado producido fuera grave. Posteriormente, la LO 1/2015, de 30 de marzo, ha trasladado este delito al artículo 264 bis del Código penal, ampliando sus modalidades comisivas: «1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años el que, sin estar autorizado y de manera grave, obstaculizara o interrumpiera el funcionamiento de un sistema informático

* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación «Ciberseguridad y Ciberdelitos» RTI2018-099306-B-100 financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU), la Agencia Estatal de Investigación (AEI) y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), cuyos IPs son los Dres. Carlos Romeo y M.^a Ángeles Rueda. Asimismo, desarrolla uno de los objetivos de investigación del Laboratorio de Sociología Jurídica de la Universidad de Zaragoza, reconocido como grupo de investigación de referencia por el Departamento de Innovación, Investigación y Universidad del Gobierno de Aragón (BOA 28/04/2023).

ajeno: a) realizando alguna de las conductas a que se refiere el artículo anterior¹; b) introduciendo o transmitiendo datos; o c) destruyendo, dañando, inutilizando, eliminando o sustituyendo un sistema informático, telemático o de almacenamiento de información electrónica. Si los hechos hubieran perjudicado de forma relevante la actividad normal de una empresa, negocio o de una Administración pública, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose alcanzar la pena superior en grado. 2. Se impondrá una pena de prisión de tres a ocho años y multa del triplo al décuplo del perjuicio ocasionado, cuando en los hechos a que se refiere el apartado anterior hubiera concurrido alguna de las circunstancias del apartado 2 del artículo anterior. 3. Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán, en sus respectivos casos, en su mitad superior, cuando los hechos se hubieran cometido mediante la utilización ilícita de datos personales de otra persona para facilitarse el acceso al sistema informático o para ganarse la confianza de un tercero». En el artículo 264 ter se castigan, además, como actos preparatorios la producción, la adquisición para su uso, la importación o la facilitación a terceros, de cualquier modo, con la intención de cometer alguno de los delitos a que se refieren los artículos 264 y 264 bis, de: a) un programa informático, concebido o adaptado principalmente para cometer dichos delitos; o b) una contraseña de ordenador, un código de acceso o datos similares que permitan acceder a la totalidad o a una parte de un sistema de información.

II. En una investigación previa he fundamentado, por un lado, que el Derecho cuando protege las tecnologías de la información y comunicación (en adelante TIC) reconoce su valor social positivo como necesario y vinculante

¹ El artículo 264 del Código Penal dispone que «1. El que por cualquier medio, sin autorización y de manera grave borrase, dañase, deteriorase, alterase, suprimiese o hiciese inaccesibles datos informáticos, programas informáticos o documentos electrónicos ajenos, cuando el resultado producido fuera grave, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años. 2. Se impondrá una pena de prisión de dos a cinco años y multa del tanto al décuplo del perjuicio ocasionado, cuando en las conductas descritas concurra alguna de las siguientes circunstancias: 1.ª Se hubiese cometido en el marco de una organización criminal. 2.ª Haya ocasionado daños de especial gravedad o afectado a un número elevado de sistemas informáticos. 3.ª El hecho hubiera perjudicado gravemente el funcionamiento de servicios públicos esenciales o la provisión de bienes de primera necesidad. 4.ª Los hechos hayan afectado al sistema informático de una infraestructura crítica o se hubiera creado una situación de peligro grave para la seguridad del Estado, de la Unión Europea o de un Estado Miembro de la Unión Europea. A estos efectos se considerará infraestructura crítica un elemento, sistema o parte de este que sea esencial para el mantenimiento de funciones vitales de la sociedad, la salud, la seguridad, la protección y el bienestar económico y social de la población cuya perturbación o destrucción tendría un impacto significativo al no poder mantener sus funciones. 5.ª El delito se haya cometido utilizando alguno de los medios a que se refiere el artículo 264 ter. Si los hechos hubieran resultado de extrema gravedad, podrá imponerse la pena superior en grado. 3. Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán, en sus respectivos casos, en su mitad superior, cuando los hechos se hubieran cometido mediante la utilización ilícita de datos personales de otra persona para facilitarse el acceso al sistema informático o para ganarse la confianza de un tercero».

para un correcto funcionamiento del sistema social². Por otro lado, he concluido que la utilización de las TIC en ámbitos como la Administración pública, el sistema financiero, el sistema sanitario, las infraestructuras básicas de transporte, las empresas, los particulares, etc., ha conducido al surgimiento de unos intereses que tienen unas notas comunes como la protección de la integridad o la confidencialidad de los sistemas informáticos al margen de los contenidos de naturaleza personal o patrimonial o de la información general que se almacenen en los mismos, o de la disponibilidad del sistema informático a la hora de identificar o autenticar a la persona que accede a dicho sistema con las debidas garantías sin establecer demasiados obstáculos³. La convergencia de todos estos intereses pone de relieve, por una parte, la función social que desarrollan los sistemas de información como importantes herramientas de crecimiento y desarrollo económico y social; y, por otra parte, explican la demanda de medidas de seguridad de carácter técnico y de organización en su utilización, que incluyen mecanismos y prácticas profesionales que permiten tanto un uso continuado de las tecnologías como el establecimiento de acciones tendentes a impedir la interrupción o el sabotaje de su funcionamiento o la apropiación y/o el empleo de sus datos⁴.

Esta seguridad en la utilización de los sistemas informáticos de forma más o menos generalizada se manifiesta en la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los sistemas de comunicación e información⁵, y constituye propiamente el bien jurídico a proteger en la criminalización de los ataques contra los sistemas de información. La integridad de un sistema informático

² Véase RUEDA MARTÍN, Los ataques de denegación de servicios como ciberdelito en el Código Penal español, *Revista Penal*, 49, 2022, pp. 183 ss.

³ Véase RUEDA MARTÍN, *Revista Penal*, 49, 2022, pp. 197 y 198. En la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 27 de febrero de 2008 –BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 27. Februar 2008 –1 BvR 370/07– Rn. (1-333)– en su parágrafo 204 disponible en la dirección http://www.bverfg.de/e/rs20080227_1bvr037007.html, se reconoce también con carácter general el interés de los interesados que utilizan sistemas tecnológicos de información en garantizar la confidencialidad e integridad de dichos sistemas. Véanse, asimismo, MIRÓ LLINARES, *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2012, pp. 52 ss.; GÓMEZ VIEITES, *Seguridad en equipos informáticos*, Starbook, Madrid, 2014, pp. 25 ss.

⁴ Sobre esta demanda de medidas de seguridad de carácter técnico y de organización, véase MORÓN LERMA, *Internet y Derecho penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la red*, 2.ª ed., Aranzadi, 2002, p. 48. En cuanto a las medidas de seguridad, desde un punto de vista técnico, véase la exposición realizada por HUIDOBRO MOYA/ROLDÁN MARTÍNEZ, *Seguridad en redes y sistemas informáticos*, Thomson Paraninfo, 2005, *passim*; RIBAGORDA GARNACHO, *La protección de datos personales y la seguridad de la información*, *Revista Jurídica de Castilla y León*, 16, 2008, pp. 381 ss.; GÓMEZ VIEITES, *Seguridad en equipos informáticos*, 2014, pp. 78 ss.

⁵ Véase RIBAGORDA GARNACHO, *Seguridad de las tecnologías de la información. Ámbito jurídico de las tecnologías de la información*, Consejo General del Poder Judicial, 1996, pp. 312 y 313; GÓMEZ VIEITES, *Seguridad en equipos informáticos*, 2014, pp. 20 ss.; COSTAS SANCHOS, *Seguridad informática*, RAMA Editorial, Madrid, 2014, pp. 21 ss.

alude a su utilización con las pertinentes modificaciones del contenido de la información almacenada en el sistema por parte de la/s persona/s autorizada/s. La confidencialidad de dicho sistema se basa en que su utilización corresponde exclusivamente a la/s persona/s autorizada/s. La disponibilidad hace referencia al control sobre la utilización de un determinado sistema por parte de la/s persona/s autorizada/s. El bien jurídico relativo a la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los sistemas de información merece una protección autónoma del ordenamiento jurídico. Dada la importante función social que desempeña en la que destaca también su papel como barrera de contención de riesgos para otros bienes jurídicos que puedan verse implicados en la aplicación de sistemas y redes informáticos, se legitima la intervención del Derecho penal en su protección, así como en la represión de aquellos comportamientos que lo lesionen.

III. En relación con la justificación de la necesidad político-criminal de criminalizar aquellas conductas que supongan una lesión de este bien jurídico, podemos subrayar, en primer lugar, la importancia de proteger penalmente y no sólo administrativamente la función social que desarrolla, porque nuestra organización social (la Administración pública, el sistema financiero, el sistema sanitario, las infraestructuras básicas de transporte, las empresas, los particulares, etc.) ha pasado a depender de forma extraordinaria de la utilización de unos sistemas y redes informáticos, como medio de crecimiento económico y desarrollo social. Por lo tanto, los ataques a este bien jurídico conllevan unas consecuencias que perturban muy considerablemente las condiciones básicas para la convivencia social. En segundo lugar, elevar a la categoría de delito en nuestro Código penal esta clase de comportamientos que supongan un ataque contra los sistemas de comunicación o información, supone una obligada armonización penal en este ámbito de nuestra legislación con lo dispuesto en otros estados de la Unión Europea, en consonancia con lo establecido en el Reglamento (UE) 2019/796, en la Directiva 2013/40/UE, y en el Convenio del Consejo de Europa sobre Cibercriminalidad. Dicha armonización es necesaria además porque en esta clase de ataques podemos encontrar una nota que le añade un especial grado de peligrosidad: su conexión internacional o transfronteriza, de modo que sus actuaciones pueden ir más allá de un ámbito geográfico concreto, y resulta sorprendente que en algún territorio un ataque contra un sistema informático pueda resultar impune⁶. En tercer lugar, hay que tener en cuenta que, como afirma Romeo Casabona, el ciberespacio presenta unos perfiles de gran interés

⁶ Véase sobre esta necesidad DE LA MATA BARRANCO, Derecho penal europeo y legislación española: las reformas del Código penal. Actualizado a la reforma penal 2015, Tirant lo blanch, Valencia, 2015, pp. 71 ss.

para el Derecho penal entre los que destaca la potencialidad multiplicadora de las acciones ilícitas y de sus efectos lesivos para los bienes jurídicos afectados⁷. Esta característica se puede apreciar con especial intensidad no solo en las conductas de acceso ilícito a sistemas informáticos, sino también en las que producen una denegación de servicios, que como ha puesto de relieve un sector doctrinal tienen un efecto criminógeno⁸. Por ello y con carácter general, el ciberespacio se presenta en las sociedades modernas como una de las posibles fuentes de riesgos necesitados de control, y dada la gravedad de sus repercusiones sobre diferentes bienes jurídicos que se tienen que involucrar en dicho espacio se legitima la intervención del Derecho penal.

IV. A continuación, profundizaremos en las opciones que tiene el legislador para criminalizar conductas que lesionen o pongan en peligro el bien jurídico relativo a la confidencialidad, integridad y la disponibilidad de los sistemas de comunicación e información⁹. En primer lugar, el legislador puede establecer tipos específicos o «tipos de equivalencia», que contemplen la incriminación de determinados ataques contra los sistemas de información en cada figura de delito particular, con el fin de suplir las posibles lagunas de punibilidad que pudieran evidenciarse. Esta es una técnica de tipificación adoptada en algunos Códigos penales europeos. A mero título de ejemplo, en el Código penal alemán se castiga en el primer párrafo del § 202a, dentro de la sección dedicada a los ataques a la vida privada y la confidencialidad, a «quien sin autorización se procura datos para sí o un tercero, que no le están destinados y que están especialmente protegidos contra un acceso no autorizado, vulnerando las barreras de acceso», con una pena de prisión de hasta tres años o una multa. En el segundo párrafo del § 202a se aclara que «Datos en el sentido del párrafo 1 son solo aquellos que se almacenan o transmiten electrónicamente, magnéticamente o de otra manera no perceptible». En el § 202b se penaliza la

⁷ Véase ROMEO CASABONA, De los delitos informáticos al cibercrimen. Una aproximación conceptual y político-criminal, El cibercrimen: Nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales, Comares, Granada, 2006, p. 4. También destacan, con carácter general, el factor criminógeno del procesamiento electrónico de datos, SIEBER, Computerkriminalität und Strafrecht, 1.ª ed., Heymann, Munich, 1977, pp. 158 ss.; MATA Y MARTÍN, Delincuencia informática y Derecho penal, Edisofer, Madrid, 2001, p. 17, 24 ss.; MORÓN LERMA, Internet y Derecho penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la red, 2002, p. 75.

⁸ Véase respecto de las conductas de *hacking*, GUTIÉRREZ FRANCÉS, El intrusismo informático (Hacking): ¿Represión penal autónoma?, Informática y Derecho, II Congreso Internacional de Informática y Derecho, Actas, II, números 12-15, 1996, pp. 1179 ss.; la misma, Notas sobre la delincuencia informática: atentados contra la «información» como valor económico de empresa, Estudios de Derecho penal económico, Tiedemann/Arroyo Zapatero editores, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1994, p. 206.

⁹ Véase, con carácter general, sobre la tipificación de conductas delictivas en conexión con sistemas informáticos, ROMEO CASABONA, Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica ante las nuevas tecnologías, Poder Judicial, 31, 1993, pp. 180 y 181.

interceptación de datos: «Quien ilícitamente obtenga datos (los del 202a segundo párrafo) para sí o un tercero, no destinados a él con la utilización de medios técnicos a través de una transmisión de datos no pública o de la radiación electromagnética de un sistema de procesamiento de datos, será castigado con una pena privativa de libertad de hasta dos años o con pena de multa, si el hecho no está conminado en otro precepto con una pena más grave». Además el delito de «Computersabotage» comprendido en el § 303b en la sección sobre los daños materiales, criminaliza la intromisión relevante «en un procesamiento de datos que es de significado esencial para un tercero, de modo que 1) comete el hecho tipificado en el § 303a; 2) introduce o transmite datos (en el sentido del § 202a) con la intención de causar un perjuicio a otro; o 3) destruye, dañe, destruye, inutilice, elimine o modifique un sistema de procesamiento de datos o un soporte de datos», con una pena privativa de libertad de hasta tres años o con pena de multa¹⁰. En el Código penal italiano se castigan dos ataques contra los sistemas de información. Por un lado, en el Título XII relativo a los «Delitos contra las personas», en el artículo 615 ter se considera un «delito contra la inviolabilidad del domicilio» acceder sin autorización a datos y programas informáticos contenidos en todo o en parte de un sistema informático, o mantenerse en el sistema contra la voluntad de quien tenga el legítimo

¹⁰ El «procesamiento de datos» al que alude este precepto coincide materialmente con la definición de un sistema de información prevista la Directiva 2013/40/UE y en el Convenio del Consejo de Europa sobre Cibercriminalidad. El procesamiento de datos abarca la generalidad de procedimientos matemáticos electrónicos incluyendo su entrada, tratamiento y transferencia en redes internas o externas, pero no comprende procedimientos que no se efectúan de manera electrónica. Véanse FISCHER, § 303b, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen Kommentar, 67. Auflage, C. H. Beck, 2020, Rn. 5; HOYER, 303b, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band VI, § 303-358 StGB, 9. Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2016, Rn. 5.

El § 303a que castiga las «intervenciones sobre los datos» dispone que «1. El que borre, suprima, inutilice o modifique datos (§ 202 a 2) de manera ilícita, será castigado con una pena de prisión de hasta dos años o una multa. 2. La tentativa es punible. 3. A los actos preparatorios del hecho punible previsto en el párrafo 1 se aplica consecuentemente el § 202c». El § 202a del StGB que tipifica el delito de «espionaje de datos» establece que «1. El que ilícitamente se procura el acceso a datos para sí o un tercero, que no le están destinados y que están especialmente protegidos contra un acceso no autorizado, vulnerando las barreras de seguridad, será castigado con una pena de prisión de hasta tres años o una multa. 2. Datos en el sentido del párrafo anterior son solo aquellos que son transmitidos o almacenados de manera electrónica, magnética o de otro modo no directamente perceptible».

La doctrina alemana estima mayoritariamente que el bien jurídico protegido en el § 303b es la funcionalidad del procesamiento de datos, véanse MÖHRENSCHLAGER, Das neue Computerstrafrecht, Wistra, 1986, p. 142; LACKNER/KÜHL, § 303b, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Auflage, C. H. Beck, 2018, Rn. 1; WOLF, § 303b, Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar Großkommentar, Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann Hrsg., Band 10, 12. Auflage, De Gruyter, Berlin, 2008, Rn. 2; STREE/HECKER, § 303b, Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, C. H. Beck, 2019, Rn. 1; ZACZYK, § 303b, NomosKommentar Strafgesetzbuch, 5. Auflage, Rn. 1; HOYER, § 303b, StGB, 9. Auflage, Rn. 2 y 3 en relación con el § 303b párrafo 2. No obstante, sostiene que el patrimonio es el bien jurídico protegido en el delito de Computersabotage del § 303b del StGB FISCHER, § 303b, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen Kommentar, 67. Auflage, Rn. 2.

derecho a excluirlo, castigado con una una pena de prisión de uno a cinco años «si el hecho conduce a la destrucción o daño del sistema o a la interrupción total o parcial de su funcionamiento, o a la destrucción o daño a los datos, información o programas contenidos en el mismo...». Por otro lado, en el Título XIII centrado en los «Delitos contra el patrimonio» se castiga en el artículo 635 quater a quien «mediante las conductas mencionadas en el artículo 635 bis», esto es, «destruyendo, deteriorando, borrando, alterando, suprimiendo informaciones, datos o programas informáticos ajenos», «o a quien a través de la introducción o transmisión de datos, informaciones o programas informáticos», destruya, dañe o inutilice en todo o en parte un sistema informático o telemático ajeno, u obstaculice de manera grave su funcionamiento.

En sentido similar, se han criminalizado en España determinados ataques contra los sistemas de información dentro del Título X del Código penal sobre los «*Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio*». En concreto se castiga con una pena de prisión de seis meses a dos años en el art. 197 bis 1 del Código penal el acceso o el facilitar a otro el acceso, vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, y sin estar debidamente autorizado al conjunto o una parte de un sistema de información o el mantenimiento dentro del mismo en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo. En el art. 197 bis 2 del mismo texto legal se penaliza la interceptación de transmisiones automáticas, no públicas, de datos informáticos desde, hacia o dentro de un sistema de información con independencia de la información concreta que contengan, figura delictiva recogida. Asimismo, en el artículo 264 bis del Código penal, dentro del Título XIII acerca de los «*Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico*», se criminaliza la obstaculización o la interrupción del funcionamiento de un sistema informático ajeno de una manera grave, mediante tres conductas típicas diferentes alternativas: 1) por medio del borrado, daño, deterioro, alteración, supresión o haciendo inaccesibles datos informáticos, programas informáticos o documentos electrónicos ajenos; 2) a través de la introducción o transmisión de datos; y 3) por la destrucción, el daño, la inutilización, la eliminación o la sustitución del sistema informático, telemático o de almacenamiento de información electrónica.

Esta técnica de establecer tipos específicos o «tipos de equivalencia» no está exenta de algunos problemas, ya que, por ejemplo, si se vincula un acceso ilícito a un sistema informático del artículo 197 bis del Código penal con la protección penal de la intimidad personal y familiar, ¿se puede castigar por este tipo delictivo al *hacker* que accede a un sistema de información que almacena datos reservados de personas jurídicas, o al *hacker* que accede al sistema

informático de una empresa que almacena secretos de empresa, o al *hacker* que accede a un sistema informático militar que almacena información relevante de la seguridad interior y exterior del estado, con el simple deseo de cumplir ese reto o con la intención de obtener la información contenida en dichos sistemas? Las respuestas tienen que ser negativas si se realiza una interpretación teleológica-sistemática del artículo 197 bis¹¹. Tampoco se le podría castigar al *hacker* por las conductas tipificadas en los artículos 264 y 264 bis del Código penal si no actúa con la intención de producir un borrado, daño, deterioro, alteración, supresión de tal información configurada como dato informático, programa informático o documento electrónico ajeno o con la intención de hacerlos inaccesibles; o si no actúa con la intención de obstaculizar o interrumpir, de manera grave, un sistema informático ajeno mediante conductas que suponen un atentado o una intromisión lesiva en la información contenida en los sistemas de información, mediante la introducción o transmisión de datos; o a través de la destrucción, daño, inutilización, eliminación o sustitución de un sistema informático, telemático o de almacenamiento de información electrónica. Si se opta por esta forma de tipificar los ataques contra los sistemas de información debería preverse también, por ejemplo, el ataque contra un sistema de información que contenga datos reservados de personas jurídicas (art. 200 del Código penal), información sobre la propiedad intelectual (arts. 270 ss. del Código penal), secretos de empresa (art. 278 del Código penal) o secretos e informaciones relativas a la defensa nacional (art. 598 del Código penal). La elección de incorporar tipos específicos o «tipos de equiva-

¹¹ La Circular 3/2017 de la Fiscalía General del Estado, pp. 21 y 22 afirma que «en la práctica será frecuente la concurrencia de este tipo, acceso ilegal a sistemas, con cualquiera de las conductas previstas en el artículo 197 n.ºs. 1 y 2, particularmente en los supuestos del párrafo segundo consistentes en el acceso a datos registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, pues habitualmente estos registros se encuentran protegidos para el acceso directo por medidas de seguridad. En estos casos, la solución habrá de venir por la apreciación, en términos generales, de un concurso medial del artículo 77 del Código penal, como igualmente se produciría en el caso, por ejemplo, de que acceso ilegal tuviera por objeto el descubrimiento de secretos de empresa (art 278 del Código penal) o el descubrimiento de secretos oficiales (art. 598 ss. del Código penal). La razón de ello hay que buscarla en la circunstancia de que el acceso ilegal a un sistema informático afecta a bienes jurídicos no exactamente coincidentes con los que son objeto de protección en los otros tipos penales, no siendo además un medio necesario para la ejecución de los delitos previstos en los artículos 197, 1.º y 2.º; 278 y 598 ss. del Código penal. Ello no obsta a que, en supuestos concretos, en los que no sea posible el acceso a la información íntima o a los datos personales por medio distinto a la vulneración de las medidas de seguridad del sistema, pudiera considerarse la posibilidad de apreciar una progresión delictiva que llevaría a considerar el concurso de normas sancionable por la vía del artículo 8.3 del Código penal». Por el contrario y en contra de la FGE al introducirse como delito el acceso ilegal sin autorización a un sistema informático dentro del Título X del CP sobre los «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», el legislador lo ha vinculado únicamente a la protección penal de la intimidad en el sentido de que los sistemas de información deben poder albergar información relevante para la intimidad personal y familiar que abarca la vida privada de una persona en la que confluyen numerosos derechos vinculados a la propia personalidad.

lencia» plantea inconvenientes como el excesivo casuismo que conllevaría y la falta de adaptación a la rapidez de los avances tecnológicos que no se previeran en un determinado momento y que impediría aplicar este delito consistente en acceder de manera ilícita a sistemas informáticos a nuevos ámbitos¹².

Al mismo tiempo decantarse por esta opción exige resolver otro interrogante: ¿es imprescindible conectar un tipo penal que castigue un ataque contra los sistemas de información con la protección penal de determinados bienes jurídicos como la intimidad personal y familiar, el patrimonio, etc., para legitimar la intervención del Derecho penal? Tal y como expuse en otro trabajo¹³, la respuesta debe ser negativa. Recordemos de forma sintética los argumentos: el bien jurídico relativo a la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los sistemas de información constituye una barrera de contención de riesgos para otros bienes jurídicos que se puedan encontrar involucrados en la función social que desempeñen los sistemas y redes informáticos: la intimidad personal y familiar, el patrimonio, la capacidad competitiva de la empresa, la defensa nacional, etc. Además, dicho bien jurídico cumple una función positiva de creación y configuración de espacios que delimitan las condiciones para que los bienes jurídicos a los que complementan puedan desarrollar sus fines en las modernas sociedades. La relevancia que tiene el bien jurídico relativo a la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los sistemas de información exige más bien la criminalización de conductas que lo lesionen o lo pongan en peligro a través del establecimiento de nuevos tipos penales genéricos. Esta segunda opción parece que resulta más idónea al adaptarse a las nuevas formas de criminalidad que pudieran surgir en el futuro, si bien es cierto que implica buscar y encontrar un adecuado lugar sistemático en nuestro Código penal.

Algunos Códigos penales europeos recogen este modelo de tipificación de estas conductas. Así, en el Código penal belga se contemplan diversos ataques contra los sistemas de información en el Título IX bis con la rúbrica «Infracciones contra la confidencialidad, la integridad de los sistemas informáticos y los datos que son almacenados, procesados o transmitidos por estos sistemas». En el artículo 550 bis se dispone que «§ 1. El que, sabiendo que no está autorizado para hacerlo, acceda a o se mantenga en un sistema informático, será castigado con prisión de seis meses a dos años y una multa de veinti-

¹² Véanse ROMEO CASABONA, Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica ante las nuevas tecnologías, Poder Judicial, 31, 1993, p. 181 y sobre la posible intervención del Derecho penal en la red, con carácter general, ÁLVAREZ VIZCAYA, Consideraciones político criminales sobre la delincuencia informática: el papel del Derecho penal en la red, Internet y Derecho penal, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2002, pp. 268 ss.

¹³ Véase RUEDA MARTÍN, Revista Penal, 49, 2022, pp. 187 ss.

séis a veinticinco mil euros o solo con una de ellas. Si el delito mencionado en el párrafo 1 se comete con intención fraudulenta, la pena de prisión será de seis meses a tres años. § 2. El que, con intención fraudulenta o de dañar, excede su poder de acceso a un sistema informático, será castigado con prisión de seis meses a tres años y una multa de veintiséis a veinticinco mil euros o solo con una de ellas. § 3. El que se encuentre en una de las situaciones mencionadas en los §§ 1 y 2 y quién 1) tome, de cualquier manera, los datos almacenados, procesados o transmitidos por el sistema informático; 2) haga uso de un sistema informático que pertenece a un tercero o utiliza el sistema informático para acceder al sistema informático de un tercero; 3) causa cualquier daño, incluso sin querer, al sistema informático o a los datos almacenados procesados o transmitidos por ese sistema o al sistema informático de un tercero o los datos almacenados, procesados o transmitidos por ese sistema; será castigado con prisión de uno a cinco años y una multa de veintiséis a cincuenta mil o con una de estas penas solamente...». En el artículo 550 ter se prevé: «§ 1. El que se ha introducido en un sistema informático, sabiendo que no está autorizado, directa o indirectamente, y modifica o borra datos, o modifica por cualquier medio tecnológico el uso normal de datos en un sistema informático, será castigado con prisión de seis meses a tres años y una multa de veintiséis a veinticinco mil euros o solo con una de estas sanciones. Si el delito mencionado en el párrafo 1 se comete con intención fraudulenta o con el fin de causar daño, la pena de prisión será de seis meses a cinco años. La misma sanción se aplicará cuando el delito mencionado en el párrafo 1 se cometa contra un sistema informático de una infraestructura crítica a que se refiere el artículo 3, 4º de la Ley de seguridad del 1 de julio de 2011 de Protección de infraestructuras críticas. § 2. El que, después de la comisión de un delito mencionado en el § 1, causa daños a los datos en el sistema informático en cuestión o en cualquier otro sistema informático, será castigado con prisión de seis meses a cinco años y una multa de veintiséis a setenta y cinco mil euros o solo con una de esas sanciones. § 3. El que, tras la comisión de un delito mencionado en el § 1, impida total o parcialmente el correcto funcionamiento del sistema informático en cuestión o de cualquier otro sistema informático, será castigado con una pena de prisión de uno a cinco años y una multa de veintiséis a cien mil euros o solo con una de estas sanciones». De una manera muy parecida opera el Código penal francés, en cuyo Libro III, Título II y Capítulo III se recoge un amplio conjunto de atentados contra los sistemas de tratamiento automatizado de datos muy similar al del Código penal belga. La opción de introducir nuevos tipos penales genéricos que tipifiquen como delito los ataques contra los sistemas de información se puede llevar a cabo a través de leyes penales especiales con dispo-

siciones penales materiales relativas a cuestiones procesales penales y a la cooperación internacional en material penal, como la Lei n.º 109/2009, de 15 de septiembre, do Cibercrime de Portugal, o el Computer Misuse Act 1990 del Reino Unido con diversas modificaciones posteriores.

La adopción de esta segunda técnica de tipificación en el Código penal español desde un punto de vista sistemático supondría la introducción de una nueva rúbrica como, por ejemplo, «*Delitos contra los sistemas de información y comunicación*»¹⁴, dentro del Título XIII como una modalidad de los delitos contra el orden socioeconómico. De esta forma se contemplaría la protección penal de los sistemas de información y comunicación aglutinando aquellas conductas que lesionan o ponen en peligro el bien jurídico relativo a la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los sistemas informáticos¹⁵:

1) El acceso o el facilitar a otro el acceso, vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, y sin estar debidamente autorizado al conjunto o una parte de un sistema de información o el mantenimiento dentro del mismo en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, delito previsto en el artículo 197 bis.1 del Código penal.

2) La interceptación de transmisiones automáticas, no públicas, de datos informáticos desde, hacia o dentro de un sistema de información con inde-

¹⁴ Opción por la que se decantan ROMEO CASABONA, Derecho penal, Parte Especial conforme a las leyes orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo, ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR COORDS., Comares, Granada, 2016, p. 271; ALMENAR PINEDA, El delito de hacking, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018, p. 159. Entiendo que se muestran de acuerdo DE LA MATA BARRANCO, Derecho penal europeo y legislación española, p. 88 cuando afirma que «la tutela de los sistemas de información no es la de la intimidad o la del patrimonio, por mucho que las conductas que puedan afectar estos intereses se asemejen a las que hagan peligrar las infraestructuras críticas que tiene en cuenta la Directiva. Y de una u otra forma el legislador español debiera ser consciente de ello. No sólo tratando de acomodar redacciones legales, sino entendiendo el objetivo comunitario y, en su caso, abordándolo desde ese entendimiento». Y QUINTERO OLIVARES, Artículo 264, 264 bis y 264 ter, Comentarios al Código penal, II (Artículo 234 a disposición final 7.ª), QUINTERO OLIVARES DIR./MORALES PRATS COORD., 7.ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, 2016, p. 205, al concluir que el legislador podría haber aprovechado las últimas reformas del Código penal operadas sobre los arts. 264 y 264 bis, para ubicarlas «en un capítulo o sección independiente y romper definitivamente con las ligaduras interpretativas que acompañan al delito común de daños y que son de muy difícil encaje» en los comportamientos delictivos englobados en los mencionados preceptos.

¹⁵ Véase también en un sentido similar la opinión de MORÓN LERMA que estimaba que si se introdujera el delito de acceso ilícito a sistemas informáticos, habría que crear un título autónomo que castigue los atentados a los sistemas informáticos, en el que se ubicara éste y otros incidentes relativos a los mismos, como los daños a los datos y a los sistemas; véase MORÓN LERMA, Delitos contra la confidencialidad, integridad y disponibilidad de datos y sistemas informáticos, en Delito e informática: algunos aspectos, Cuadernos penales José María Lidón, número 4, 2007, Bilbao, Universidad de Deusto, p. 107.

Se manifiesta en contra de esta opción político criminal, con carácter general, en relación con la criminalidad centrada en las TIC AGUSTINA, Nuevos retos dogmáticos ante la cibercriminalidad. ¿Es necesaria una dogmática del cibercrime ante un nuevo paradigma?, Estudios Penales y Criminológicos, XLI (2021), p. 737.

pendencia de la información concreta que contengan, figura delictiva recogida en el artículo 197 bis.2 del Código penal.

3) La obstaculización o interrupción del funcionamiento de un sistema informático ajeno de una manera grave del art. 264 bis del Código penal, mediante las tres conductas típicas diferentes alternativas contempladas en dicho precepto.

4) Los actos preparatorios para cometer cualquiera de los comportamientos expuestos y tipificados en los artículos 197 ter y 264 ter del Código penal.

5) El uso de cualquier equipo terminal de telecomunicación, sin consentimiento de su titular, y causando a éste un perjuicio económico establecido en el artículo 256 de nuestro texto punitivo, siempre que reúna las características de los ciberataques puros: el objeto y el medio comisivo del ataque son las TIC y sus efectos tienen lugar en el ciberespacio ¹⁶.

¹⁶ Véanse las características generales de los ciberataques puros expuestas por MIRÓ LLINARES, El cibercrimen, 2012, pp. 52 ss.; ROMEO CASABONA, De los delitos informáticos al cibercrimen, 2006, *passim*. En el artículo 1.3 del Reglamento (UE) 2019/796 del Consejo de la Unión Europea, de 17 de mayo de 2019, relativo a medidas restrictivas contra los ciberataques que amenacen a la Unión o a sus Estados miembros, se definen los ciberataques como aquellas «acciones que implican cualesquiera de los siguientes elementos: a) acceso a sistemas de información; b) intromisión en sistemas de información; c) intromisión en datos; o d) interceptación de datos, cuando dichas acciones no estén debidamente autorizadas por el propietario o por otro titular de derechos del sistema o de los datos, o de parte de los mismos, o no estén permitidas por el Derecho de la Unión o de un Estado miembro».

CAPÍTULO LXXXV

EL DELITO DE REGICIDIO EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL VIGENTE *

DULCE M. SANTANA VEGA
Acred. Catedrática de Derecho penal.
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

I. CONSIDERACIONES GENERALES PREVIAS

Según la RAEL se entiende por magnicidio, la «muerte violenta dada a persona muy importante por su cargo o poder». Desde este punto de vista tan amplio constituiría magnicidio la muerte de cualquiera de los altos cargos de un Estado. Sin embargo, en el ámbito jurídico el término de magnicidio suele tener un ámbito de protección más restringido, estando, por lo general, circunscrito a los jefes de Estado.

El delito de magnicidio, con independencia de la forma de gobierno que se adopte en cada Estado, suele hallarse contemplado en la práctica totalidad de los Códigos penales de nuestro entorno cultural, con la excepción de Alemania, como una cualificación o agravación de los delitos contra la vida por razón de ser el sujeto pasivo persona que ejerce funciones públicas singulares. Ahora bien, en aquellos países en donde la jefatura del estado está ocupada por un o una monarca parlamentaria, el término más adecuado para designar a los

* Este trabajo se inserta dentro del PI del MICIN PID2020-114303RB-100.

delitos contra la vida de su titular sería el de regicidio¹, entendido como la muerte violenta del rey o la reina, siendo este delito heredero del histórico «*crimen lesae maiestatis*», si bien ya desprovisto del componente de alta traición, el cual, sin embargo, aún hoy perdura en la tradición británica de protección de su Corona.

Por lo que al Código penal español se refiere, el delito de regicidio se halla recogido en el artículo 485 CP, dentro de los delitos contra la Corona, que constituyen el Capítulo II en el Título XXI, relativo a los delitos contra la Constitución. Este orden en la ubicación dada a los delitos contra la Corona ha sido criticada por un sector de la doctrina², dado que en el Título XXI se invierte la preferencia individual-colectiva, pues la protección de las garantías tendría que haber precedido a la protección de las instituciones, si bien, dentro de ellas no cabría olvidar que ya, desde los primeros artículos de la Constitución Española, en concreto, en el artículo 1.3, esta proclama que: «La forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria», siendo considerada la Corona símbolo de la unidad del Estado (artículos 56), precediendo en la CE la regulación de la Corona a la de las Cortes Generales, lo que abonaría la prioridad en el CP.

II. LA DIMENSIÓN INSTITUCIONAL DEL BIEN JURÍDICO-PENAL INDIVIDUAL

Cada uno de los bienes jurídico-penales individuales que se protegen en los delitos contra la Corona tienen –o deberían tener– un anverso institucional, de tal manera que todos ellos son tipos complejos o delitos pluriofensivos³ con bienes jurídico-penales bicéfalos o duales, esto es: junto a la protección del correspondiente y singular bien jurídico-penal individual, se protege el funcionamiento de la institución de la Corona⁴ como un medio de preservación del sistema constitucional establecido en la Constitución de 1978⁵.

¹ QUERALT JIMÉNEZ, Delitos contra la Corona: apuntes sobre descoordinación normativa y paradojas penales, en: FERNÁNDEZ TERUELO/GONZÁLEZ TASCÓN/VILLA SIEIRO, Estudios Penales en Homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes, Constitutio Criminalis Carolina, Oviedo, 2013, p. 536.

² TAMARIT i SUMALLA, Comentario a los delitos contra Corona, en: QUINTERO OLIVARES, Comentarios al Código penal, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 1.607, el cual, recalca que la Corona es una institución más del Estado, no algo previo o trascendente a aquellas.

³ CARPIO BRIZ, Delitos contra la Corona, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG, Comentarios al Código Penal, Tirran lo Blanch, Valencia, 2015, p. 1.572.

⁴ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Delitos contra la Corona, en Memento Práctico Francis Lefebvre, Madrid, 2021, marg. 17466.

⁵ MUÑOZ CONDE, Derecho Penal. PE, 23.ª ed., 2021, p. 760, mantiene que se protege al jefe del Estado no en cuanto a persona, sino como representante o cima del poder estatal, que emana del pueblo.

Dos son las posibles concepciones del bien jurídico-penal por las que el legislador pudo haber optado: la Corona como agregado de persona que conforman la Familia Real, o la protección de la vida como medio para la protección del funcionamiento de una institución básica del Estado. Del tenor literal del artículo 485 y de la interpretación contextual con el resto de los tipos contenidos en el Capítulo II, del Título XXI, se deduce que el Legislador de 1995 optó por la primera opción. En concreto: únicamente en el artículo 490.3 se hace referencia al «ejercicio de sus funciones», el elenco de sujetos pasivos protegidos es demasiado amplio, así como también las modalidades y forma de descripción de las conductas típicas; si bien, un criterio de interpretación conforme y en clave de ejercicio de funciones constitucionales podría ser útil para limitar la aplicación de tales tipos penales.

III. TIPO OBJETIVO

1. Sujetos activos

Todos los delitos contra la Corona se caracterizan por ser tipos comunes. En consecuencia, si en los que lo cometieran concurriera el prevalerse del carácter público que tuviera el sujeto activo (art. 22.7.^a CP) por ser autoridad o funcionario públicos (art. 24 CP), o porque pertenecieran como miembros o jefes a organizaciones criminales (art. 570.1-II CP), o grupos criminales (art. 570 ter.1-II CP), se agravaría, en su caso, la pena del sujeto activo por las reglas generales de la determinación de la pena (art. 66 CP, o el régimen de su cumplimiento, art. 78 bis y 92 CP), o entrarían en juego la regulación del concurso de delitos, en sus respectivos casos. Así mismo, en materia de autoría y participación en estos delitos se regirá por las normas generales establecidas en el Libro I del Código penal.

2. Sujetos pasivos

El aspecto más relevante y que singulariza a los delitos contra la Corona es el relativo al elenco de los sujetos pasivos que se consideran dignos de protección penal agravada en los ataques contra la vida en el ámbito de la Corona. Pues bien, este ámbito excede de la mera referencia al Rey o la Reina, como titular de la Jefatura del Estado. Esto es, el Legislador penal de 2015, estuvo más atento a la forma de sucesión de la Corona –la hereditaria– que a su papel

constitucional y a sus funciones, de tal manera que incluye la protección de un elenco de sujetos pasivos que excede al de aquellos que, según la Constitución, han de ejercer funciones constitucionales o que están llamados directamente a la sucesión.

En concreto, los sujetos pasivos del artículo 485 CP pueden ser:

- a) el Rey o la Reina;
- b) el Príncipe o la Princesa de Asturias;
- c) cualquiera de los descendientes o ascendientes del Rey o la Reina;
- d) la Reina consorte o el consorte del Reina; o
- e) algún miembro de la Regencia.

Se trata de una lista amplia en la que, de manera escalonada, se va aludiendo a los que ocupan la Corona, el Rey o la Reina, a continuación a los que les correspondería ocupar la Corona en la primera línea de la sucesión, el Príncipe o la Princesa de Asturias, y a los que habrán de ejercer la Regencia, mientras que el legítimo heredero es menor de edad, aunque haya recibido ya, tal como se recoge en el apartado 2 del artículo 56 de la CE, el llamamiento a la sucesión, por haberse producido el hecho que lo genera (muerte, abdicación, renuncia, o exclusión del Rey o del heredero por matrimonio prohibido por las Cortes Generales, o porque el Rey o la Reina se inhabilitare, entre otras causas).

Pero, a partir de aquí, la citada enumeración excede y no se corresponde con los que tienen que ejercer funciones constitucionales. Por ello, debería excluirse al resto de descendientes en la sucesión de la corona (nietos, bisnietos y tataranietos, en su caso) y a los abuelos, bisabuelos y tatarabuelos (reyes o reinas eméritos y sus respectivos consortes).

De la misma manera, si como se dejó apuntado más arriba, la protección agravada que recibe la Corona se justifica por las funciones constitucionales de los protegidos no se entiende por qué se incluye a la Reina consorte o al Consorte de la Reina como una categoría independiente, ya que expresamente, el artículo 58 de la CE recoge que: «La Reina consorte o el consorte de la Reina no podrán asumir funciones constitucionales, salvo lo dispuesto para la Regencia», por lo que la referencia a aquellos, de forma diferenciada de la Regencia hace que no se justifique una protección penal especial por ser meros consortes. Igual consideración habría que realizar con relación a los ascendientes del Rey o la Reina, quienes sólo si son el padre o la madre –y únicamente uno de los dos– estarían llamados a la Regencia o podrían ser tutores y, por lo tanto, a ejercer funciones constitucionales en el ámbito de la Corona. En cuanto a los descendientes, según el artículo 59.1 corresponderá al «pariente mayor de edad más próximo a suceder en la Corona», por lo que tales parientes, en bue-

na lógica y técnica, solo deberían gozar de protección penal reforzada si fueran Regentes. Por lo tanto, no tiene sentido proteger a todos los ascendientes, ni a todos los descendientes⁶. En cuanto a estos últimos, se podría considerar que su genérica referencia tendría el fin de preservar el orden de sucesión de la Corona. Pero, no deja de ser también una inercia de la historia o anacronismo, más propio de épocas históricas pasadas con altas tasas de mortalidad. Es más, en el proceso de codificación española, únicamente el Código Penal de 1928 (Dictadura del General Primo de Ribera) contenía en el Título II, relativo a los delitos contra los poderes públicos y contra la Constitución, en el Capítulo I, Sección I: «Delitos contra el Rey, la Regencia y la Familia Real», un elenco tan amplio de sujetos pasivos como el del actual, si bien diferenciaba entre el inmediato sucesor a la Corona y el resto de los descendientes.

No obstante, en la doctrina constitucional no faltan autores que justifican la protección jurídico-penal agravada de esta lista de sujetos pasivos en los delitos contra la Corona, basándose para ello en el argumento de que este régimen penal excepcional radica en la propia protección de la Institución y en la tutela de la independencia del jefe o la jefa del Estado, la cual se podría ver alterada mediante el ataque a miembros de su familia⁷.

Por último, obsérvese que, a diferencia de lo que sucede en la Constitución, en el Código penal, por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se introdujo la referencia a ambos sexos para designar, dentro de los sujetos pasivos de los delitos contra la Corona, a los titulares de la Corona –Rey o Reina–, o del Principado de Asturias –Príncipe o Princesa–.

1. Conducta típica

El artículo 485 CP castiga la acción de matar, por comisión o por comisión por omisión, realizada por cualquier medio, contra la vida humana independiente de las personas especialmente protegidas en el ámbito de la Corona.

Aunque el precepto no recoja referencia alguna al término homicidio y el verbo típico utilizado sea el de matar, la interpretación conforme al bien jurídico-penal excluye la protección del *nasciturus* que pudiera llegar a ser el heredero de la Corona, sin perjuicio de la aplicación de los tipos comunes relati-

⁶ Así también, entre otros, LLABRÉS FUSTER, Delitos contra la Corona, en: GÓMEZ TOMILLO, Comentarios al Código Penal, Lex Nova, Madrid, 2011, p. 1.738.

⁷ GÓMEZ SÁNCHEZ, La monarquía parlamentaria: Familia Real y sucesión a la Corona, UNED, Madrid, 2008, p. 100.

vos al aborto⁸. Esto es así por las siguientes razones: en primer lugar, según dispone el artículo 57.2 CE, la adquisición de la condición de Príncipe o Princesa herederos se produce desde el nacimiento; en segundo lugar, el verbo típico utilizado es el de «matar», no el de «causar un aborto» o «abortar». Por otro lado, el artículo 485 CP no sigue la estructuración general del homicidio común como categoría general y amplia del Título I, Capítulo I del Libro II, y que se estructura en un tipo básico (el homicidio, en sentido estricto), un tipo agravado o cualificado (asesinato), y un tipo atenuado (conductas de participación en el suicidio ajeno), sino que alude, de forma genérica, a la acción de «matar» como una acción omnicomprensiva de cualquier conducta dolosa que atenta con la vida humana independiente de las personas indicadas en el ámbito de la Corona.

Por lo que respecta a los actos preparatorios –los también denominados formas de participación intentada o resoluciones manifestadas–, el artículo 488 CP castiga la proposición, conspiración y provocación para cometer los delitos contra la vida⁹, incluyendo también la integridad física o la libertad de las personas que se hallan recogidas en el ámbito de la Corona en los artículos 485 a 487 CP, y quedando fuera de esa protección penal anticipada el resto de los bienes jurídico-penales objeto de protección en el reiterado Capítulo II (libertad, intimidad y honor).

IV. TIPO SUBJETIVO

El delito de regicidio, como los otros delitos contra la Corona, solo admite la comisión dolosa. Por lo tanto, si la muerte se causara por imprudencia se aplicaría el tipo común del homicidio imprudente del artículo 142 CP¹⁰.

El dolo habrá de abarcar no solo la acción concreta que se realiza (*animus necandi*), sino también deberá aprehender la condición de la persona contra la

⁸ LLABRÉS FUSTER, Delitos, 2011, p. 1.740, llama la atención de que la lógica de la institución monárquica que se transmite de manera hereditaria -natural- hace que tuviera mayor razón de ser la inclusión de una protección penal agravada los delitos de aborto, antes que otros que se han como Delitos contra la Corona.

⁹ Los casos enjuiciados contra la vida del anterior Monarca han sido todos sentenciados como actos preparatorios, en concreto, cfr. SSAN 8/2016, de 6 de mayo; 34/2006 de 28 septiembre; 16/2002, 4 de abril; 22/1999, de 18 de mayo.

¹⁰ Como expone, QUERALT JIMÉNEZ, Delitos, 2013, p. 537, «La negligencia médica o vial no sufre alteración por tratarse de una regia persona...». Por su parte, SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, Curso de Derecho Penal, PE, Dykinson, Madrid, 2021, p. 805, aluden para justificar su posible exclusión a los dispuesto en el artículo 12 CP.

que se dirige la respectiva acción típica¹¹. No obstante, si concurriera error *in personam* o *aberratio ictus* sobre la condición de persona cualificada contra la que se quiere atentar, la correspondiente acción típica se castigaría por los tipos comunes sin sujeto pasivo cualificado. Sin embargo, no faltan autores que consideran que si se quiere matar a una de las personas cualificadas incluidas en el artículo 485 CP y el sujeto activo se equivoca en su identidad y mata a un sujeto no cualificado, la solución más conforme con el principio de culpabilidad sería la de apreciar un concurso ideal entre la tentativa del artículo 485 CP y el delito consumado del artículo 138 CP, así como en aquellos casos en los que la tentativa fuera absolutamente inidónea por falta de objeto¹².

Un sector de la doctrina sostiene que los tipos contra la Corona contienen un elemento subjetivo del tipo de injusto, el cual vendría configurado por la finalidad de atentar contra el orden político constitucional o, más concretamente, contra la forma política de la monarquía parlamentaria¹³. En consecuencia, quien actuara por motivos personales (desavenencias familiares, celos, ánimo de lucro, venganza personal, etc.) se les habría de aplicar los tipos comunes¹⁴.

V. PENALIDAD

El precepto diferencia dos ámbitos penológicos. En primer lugar, se encontraría el relativo al Rey o la Reina, o al Príncipe o a la Princesa de Asturias, en el cual no se establece diferenciación alguna entre el homicidio básico y el resto de los tipos dolosos allí contenidos, castigando al «que -los- matare» con la pena máxima de prisión permanente revisable, esto es, se recoge un tratamiento penológico unificado y ultra agravado por el ejercicio de las funciones constitucionales de sus titulares y la proximidad a ejercerlas. Sin embargo, en sintonía con el bien jurídico-penal complejo que es protegido en este delito, tuvo que haberse diferenciado el *quantum* de pena entre los ataques contra la

¹¹ Por todos, SÁNCHEZ LÁZARO, Delitos contra la Corona, en: ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR (Coords.), Derecho Penal. PE, Comares, Granada, 2015, p. 763.

¹² LASCURAÍN SÁNCHEZ, Delitos, 2021, marg. 17481.

¹³ A este respecto, GÓMEZ NAVAJA, Delitos contra la Corona, en: Marín de Espinosa Ceballos (dir.), Lecciones de Derecho Penal. PE, Tirant lo Blanch, Valencia, 2.ª ed. 2021, p. 628, califica esta interpretación como doctrina mayoritaria.

¹⁴ En este sentido, TAMARIT i SUMALLA, Delitos, 2015, p. 1.610; en contra, considerando que este delito no contiene ningún elemento subjetivo del injusto, ni de cualquier otro factor motivacional de convicciones ideológicas o políticas, POLAINO NAVARRETE, Lecciones de Derecho Penal. PE, T. II, Tecnos, Madrid, 2011, p. 447.

vida del Rey o la Reina, titulares de la Jefatura del Estado, y que ejercen funciones constitucionales (*ius in rem*), y el de los ataques contra la vida del Príncipe o la Princesa de Asturias (*ius ad rem*).

El segundo ámbito penológico lo constituye la muerte dolosamente causada sobre: los ascendientes o descendientes del Rey o la Reina, la Reina consorte o el consorte de la Reina, el Regente o sobre algún miembro de la Regencia. En este segundo grupo, la pena a imponer será la de prisión de veinte a veinticinco años, salvo que los hechos estuvieran castigados con una pena más grave en algún otro precepto de este Código (terrorismo, supuestos agravados del asesinato común). Por las razones más arriba apuntadas, mayor crítica merece la asimilación penal en el marco punitivo de todos ellos, sin perjuicio de las posibilidades que ofrecería el proceso de individualización de la pena, toda vez que algunos de los asimilados nunca ejercerían funciones constitucionales.

Además, en este segundo ámbito penológico, el artículo 485.2-II contiene la previsión de que, si concurrieran en el delito dos o más circunstancias agravantes, se impondrá la pena de prisión de veinticinco a treinta años¹⁵. Dado el tenor literal «circunstancias agravantes», hay que entender que se refiere no a las 139 CP, sino a cualquiera de las contenidas en el artículo 22 CP. Esta previsión será una regla especial de agravación con relación a la regla del artículo 661.3.^a CP, pero no así respecto de la prevista en el artículo 66.1.4.^a, si bien en esta última se exige que no concorra atenuante alguna¹⁶.

Como regla común a ambos niveles penológicos, el artículo 485.3 CP establece que, en caso de tentativa de los delitos contra la vida de ambos grupos de sujetos pasivos, la pena, sólo podrá bajarse en un grado (art. 64 CP). Esto es, por esta regla especial, el tribunal conserva un cierto arbitrio, pero en este caso más restringido del que goza en el artículo 62 CP, ya que solo podrá decidir si baja o no en un grado la pena típica y a diferencia del mencionado artículo 62 no está obligado a bajar, al menos en un grado. En todo caso, sí habría que entender que los criterios para rebajar o no la pena debieran ser los recogidos en el reiterado artículo 62 CP, es decir, el grado de ejecución alcanzado y la peligrosidad de la acción, referida esta no solo a la protección de la vida de los sujetos pasivos del artículo 485, sino también para el ejercicio de las funciones constitucionales.

¹⁵ MARTÍNEZ GUERRA, Delitos contra la Corona, en: Manjón-Cabeza Olmeda/Ventura Püschel (coords.)/Álvarez García (dir.), Tratado de derecho penal español: parte especial. IV. Delitos contra la Constitución, 2016, p. 112, lo ha calificado como «una suerte de asesinato», pero que se aleja del asesinato común; estimando TAMARIT i SUMALLA, Delitos, 2016, p. 1.611, que se trataría de un tipo autónomo que sería ley preferente con respecto al 139.

¹⁶ ASÍ, AGUDO FERNÁNDEZ/JAÉN VALLEJO/PERRINO PÉREZ, Delitos contra la Constitución, en: Derecho penal aplicado. Parte Especial. Delitos contra intereses colectivos o difusos, VLex, 2018. p. 318,

VI. CUESTIONES CONCURSALES

El delito de regicidio, tanto en un sentido estricto como con relación al elenco de personas incluidas en el ámbito de protección de la Corona, es ley especial con relación al correspondiente tipo común protector de los delitos contra la vida (art. 8.1.^a CP).

Más problemático resultaría el concurso entre el artículo 485.1 CP y el artículo 573.1 CP, toda vez que en el mismo se establece que: «Se considerará delito de terrorismo la comisión de cualquier delito grave contra la vida, ... –contra– la Corona...», estableciéndose a continuación en el artículo 573 bis.1 del mismo Cuerpo legal que: «Los delitos de terrorismo a los que se refiere el apartado 1 del artículo anterior serán castigados con la pena de prisión por el tiempo máximo previsto en este Código si se causara la muerte de una persona», expresión esta última de «tiempo máximo previsto» de prisión, que constituye una referencia «oblicua»¹⁷ a la prisión permanente revisable con la que también está castigada la muerte del Rey o la Reina o el Príncipe o la Princesa de Asturias¹⁸. En consecuencia, se produciría la situación de tener que imponer dos penas de prisión permanente revisable, esto es, por considerar que no procede el *non bis in idem*, solución adoptada por la SAN 11/1999, de 18 de mayo. No obstante, tras las reformas habidas en los delitos de terrorismo, habría que considerar que el mismo abarcaría al 485 CP, ya que se está cometiendo un delito grave contra la vida de las personas y de la Corona, pervirtiendo el orden constitucional.

Por otro lado, la muerte dolosa del jefe del Estado puede concurrir medialmente con los delitos de rebelión (art. 472 CP) como vía o culminación del alzamiento¹⁹.

Especialmente controvertido es el concurso de la muerte de los sujetos pasivos especialmente protegidos en el artículo 485 con relación al artículo 143 (inducción, auxilio simple y ejecutivo al suicidio), ambos del CP, dado la excepcionalidad de esta punición. Al aludir el artículo 485 a: «el que matare a», se plantea la cuestión de si se incluirían las conductas de inducción o coopera-

¹⁷ GARCÍA ALBERO, De los delitos de terrorismo, en: QUINTERO OLIVARES, Comentarios al Código Penal, Aranzadi, Pamplona, p. 1902; en el mismo sentido, CASTELLVÍ MONSERRAT, De los delitos de terrorismo, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG, Comentarios al Código penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 1.735.

¹⁸ OLMEDO CARDENETE, Delitos, 2021, p. 1.404, estima que «si la muerte se comete como miembro o colaborador de una organización o grupo terrorista, entraría siempre en juego el artículo 573 bis.1.1.^a CP, que se remite a la imposición de la pena de prisión permanente revisable con independencia del rol institucional o no que desempeñe la víctima».

¹⁹ Siguiendo a QUERALT JIMÉNEZ, Delitos, 2013, p. 537.

ción simple o ejecutiva al suicidio, al ser conductas de participación en el hecho que pertenece a otro²⁰ –el suicida– que es quien tiene el dominio del hecho, siendo este tipo un ilícito absolutamente excepcional, debido a que no siendo castigado el autor, sí lo son los partícipes. En consecuencia, la inclusión de esta conducta, por razón del ejercicio de funciones constitucionales, y a la vista, además, de las penas que tienen previstas el regicidio, y de que el consentimiento de la víctima no tendría viabilidad ante un bien jurídico-penal supraindividual, los supuestos típicos del artículo 143 CP no resultan incluidos en el ámbito del artículo 485 CP²¹. En todo caso, de darse los presupuestos de estos delitos (tener la voluntad de acabar con la propia vida), se estaría, en muchas ocasiones, ante un caso de inhabilitación del Rey o la Reina por parte de las Cortes Generales.

VII. CUESTIONES PROCESALES

A tenor de lo establecido en el artículo 65. 1.º a) de la LOPJ, será la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional la que conocerá del enjuiciamiento, salvo que corresponda en primera instancia a los Juzgados Centrales de lo Penal, de las causas por los delitos que se cometan contra el titular de la Corona –el Rey o la Reina–, sus Consortes, o su Sucesor –el Príncipe o la Princesa de Asturias–. Como se puede observar existe una total desconexión entre el ámbito de protección subjetiva del artículo 485 CP y lo establecido en la LOPJ, la cual abarca a los sujetos pasivos del apartado 1 del citado artículo más al consorte del Rey o Reina, pero no a todos los demás. En consecuencia, los delitos contra la Corona que tuvieran como sujetos pasivos al resto de sujetos protegidos deberán ser enjuiciados por la jurisdicción ordinaria, sorprendiendo que en ninguna de las reformas de la LOPJ se haya aprovechado la ocasión para sintonizar ambos textos normativos y bajo parámetros constitucionales, tal como se ha indicado más arriba, y que tampoco sigue la LOPJ al incluir a los consortes que no sean o integren el órgano colegiado de la Regencia.

Por otra parte, es de observar que la referencia que hace la LOPJ a «delitos contra» es una expresión más amplia que la de los Delitos contra la Corona,

²⁰ MIR PUIG, Derecho Penal. PG, Reppetor, Barcelona, 10.ª ed, 2016, p. 263.

²¹ Duda sobre su inclusión, OLMEDO CARDENETE, Delitos contra la Corona, en: Morillas Cueva, Sistema de Derecho penal. PE, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 1.403-1.404. No la admite por ser el propio artículo 143 un tipo excepcional, TAMARIT I SUMALLA, Delitos contra la Corona, 2015, p. 1.610, alegando además el efecto oclusivo del tipo más benigno y por ser la solución más adecuada al sentido político-criminal del delito de cooperación al suicidio

esto es, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional también será competente para conocer de cualquier otro delito no incluido en el Capítulo II del Título XXI, tales como: homicidio imprudente, aborto, robo, atentado, etc., contra el Rey o la Reina, sus consortes o su sucesor.

VIII. CONCLUSIONES

Tras el análisis expuesto del artículo 485 CP, *de lege ferenda*, se propone una reducción en la tipificación del delito de regicidio –y, *mutatis mutando*, también en el resto de los delitos contra la Corona– del Código penal español vigente. En primer lugar, la reducción ha de ir dirigida al elenco de los sujetos pasivos concernidos en los delitos contra la Corona²², limitando la lista a aquellos que, según la CE, están llamados a desempeñar funciones constitucionales relativas a la Corona (arts. 56-65)²³. La protección actual de la Familia Real vinculada a la Corona no se corresponde con la tutela legítima de bienes jurídico-penales²⁴, y enlaza con una concepción de la Monarquía que antepone su carácter hereditario, basada en el linaje. Sin embargo, la mayor gravedad de las penas se ha de corresponder con la protección de la legitimidad parlamentaria que le da a la Corona la Constitución Española, con cuyo tenor literal debería conectarse tales delitos. En suma, como opina la doctrina mayoritaria²⁵, los «Delitos contra la Corona» necesitan sacudirse la reminiscencia autoritaria que ha generado una sobreprotección penal de la misma, circunscribiendo la protección jurídico-penal agravada al Rey o la Reina, como titulares de la Jefatura del Estado, y, en segundo nivel punitivo, a aquellos que ejercerían funciones constitucionales: su sucesor o sucesora y los que integraran la Regencia. Es más, no cabría olvidar que ha habido precedentes históricos en la

²² De hecho, es también con relación a los estados extranjeros el ámbito que suele estar protegido, sin perjuicio de las obligaciones asumidas por España en los tratados internacionales que suscriba, el artículo 605.1 CPE establece la protección únicamente a: «El que matare al jefe de un Estado extranjero, o a otra persona internacionalmente protegida por un Tratado, que se halle en España, será castigado con la pena de prisión permanente revisable».

²³ Lo cual constituye opinión mayoritaria en la Doctrina penal española, por todos: LLABRÉS FUENTES, *Delitos*, 2011, p. 1.738; MARTÍNEZ GUERRA, *Delitos*, 2011, p. 107; QUERALT JIMÉNEZ, *Delitos*, 2013, p. 536.

²⁴ Por ello, no es de extrañar que autores como GIMBERNAT ORDEIG, «Los privilegios penales de la Familia Real», *Iustel-Diario del Derecho*, calificara a este ámbito de protección personal del tipo como una «encubierta adulación a la Familia real».

²⁵ Cfr. GARCÍA RIVAS, *Delitos contra Corona*, en: TERRADILLOS BASOCO, *Lecciones y materiales para el Estudio del Derecho penal*, Iustel, Madrid, 2.^a ed. 2016, p. 289; CUERDA ARNAU, *Delitos contra la Corona*, en: VVAA, *Derecho penal*. PE, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 708.

Codificación española, en los que se recogió un ámbito subjetivo de protección reducido, similar al propuesto²⁶.

La segunda reducción habría de ser en materia de penas. Hay que hacer sintonizar estos delitos con las exigencias del principio de proporcionalidad e igualdad²⁷, procediendo a una reducción de las penas que se prevén en el mismo, ya que resultan excesivas en comparación con los marcos punitivos de los tipos comunes, lo que resulta aún más evidente si se tiene en cuenta que algunos de los sujetos pasivos, ni tan siquiera ejercen o ejercerán funciones constitucionales, como ya se ha indicado²⁸.

Aunque es un planteamiento coherente, resultaría más difícil de articular, *de lege ferenda*, un tercer criterio limitador consistente en exigir que solo se aplicara la protección agravada en aquellos casos en que los sujetos pasivos estuvieran en el ejercicio de sus funciones, como sucedería en el caso de altos cargos del Estado y otros funcionarios públicos²⁹, ya que, sobre todo en el caso del Rey o la Reina, titulares de la Jefatura del Estado y quién le sucediera, los límites entre lo público y lo privado en el ámbito del ejercicio de sus funciones constitucionales no resulta de tan clara delimitación, sin olvidar su carácter vitalicio, sobre todo, por los que respecta a la protección de los bienes jurídico-penales personales (vida o integridad física). Pero, sí que sería pertinente requerir tal elemento en los delitos contra su honor.

Exigir como elemento subjetivo del tipo de injusto la finalidad de atentar contra la forma política del Estado³⁰ supone un intento loable de delimitar delitos mal configurados y exageradamente penados. En efecto, la inclusión en la parte subjetiva del tipo de elementos subjetivos retarda y limita el ámbito de aplicación de estos³¹. Pero, esta construcción sería sostenible solo para algunos sujetos pasivos, esto es, para aquellos quienes desempeñen funciones constitucionales, no pudiendo mantenerse respecto a aquellos otros sujetos pasivos que no las tienen atribuidas. Difícilmente se puede atentar, aun queriendo, contra la forma política del Estado si se mata al bisabuelo del Rey o la

²⁶ Así, en el artículo 219 del Código penal de 1822, aludía a los «Delitos contra el Rey, la Reina o el Príncipe heredero».

²⁷ MIRA BENAVENT, Delitos contra la Corona, en: GONZÁLEZ CUSSAC, Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2.ª ed., 2015, p. 1.196, considera que, en ausencia de funciones constitucionales, este artículo conculca el principio de igualdad del artículo 14 de la CE. Pero, se discrepa de este autor con relación al Príncipe o Princesa de Asturias, en todo caso.

²⁸ De hecho, hasta la LO 1/2015, de 31 de marzo, el artículo 485 CP castigaba con pena de prisión de veinte a veinticinco años a quién matare al Rey, o a cualquiera de sus descendientes, a la Reina Consorte o al Consorte de la Reina, al Regente o algún miembro de la Regencia, o al Príncipe heredero de la Corona.

²⁹ Así lo han propuesto, entre otros, LLABRÉS FUSTER, Delitos, 2011, p. 1739.

³⁰ TAMARIT i SUMALLA, Delitos, 2016, p. 1.609.

³¹ SANTANA VEGA, La protección penal de los bienes jurídicos colectivos, Dykinson, Madrid, p. 102.

Reina o a algunos de sus tataranietos. En consecuencia, esta solución no sería técnicamente posible, ya que un mismo tipo no puede tener dos partes subjetivas distintas. Además, los delitos de magnicidio están excluidos del elenco de delitos políticos no solo para facilitar la extradición de estos, sino también porque es un delito violento y que atenta en su sustrato contra una vida humana independiente: quien mata a quien ocupa la Jefatura de un Estado, sabiéndolo, aunque lo haga por una venganza personal o por ánimo de lucro, comete magnicidio.

Tampoco han faltado propuestas, relativas al cambio de la rúbrica de estos delitos, proponiendo la de «Delitos contra la Jefatura del Estado», considerando que, de esta manera, se acentúa el carácter institucional de estos delitos, haciendo pasar la dimensión individual a un segundo plano, y haciendo desaparecer la mera conexión familiar, ajeno al ejercicio de funciones constitucionales³².

³² Así, GARCÍA RIVAS, *Delitos*, 2.ª ed. 2016, p. 288-289, lo considera más acertado para remarcar que simboliza la unidad del Estado y por sintonizar con el Derecho penal de otros Estados de nuestro entorno cultural.

CAPÍTULO LXXXVI

ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LA DEFINICIÓN DE LA CONDUCTA TÍPICA EN EL TIPO BÁSICO DEL DELITO DE DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA DEL ARTÍCULO 305.1 CP

NATALIA TORRES CADAVID

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Penal (acred. Contratada Doctora).
Universidade de Vigo

I. INTRODUCCIÓN

La concreción de la conducta típica en los delitos contra la Hacienda Pública, en general, y en los delitos tributarios, en particular, ha sido una de las cuestiones dogmáticas más debatidas en la doctrina desde la Ley 50/1977, de 14 de septiembre. Esta discusión se ha centrado principalmente en el análisis del delito de defraudación tributaria del artículo 305 CP (anteriormente, artículo 319 CP 1944/73 introducido por la Ley 50/1977, de 14 de septiembre, y artículo 349 CP 1944/73, introducido por la LO 2/1985, de 29 de abril), aunque se han realizado importantes aportaciones a propósito del estudio en concreto de otros tipos penales¹ o, por supuesto, del estudio conjunto de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social². Sobrepasa las

¹ Así, p. ej., por la importancia de sus aportes en el debate, en relación con el delito contable tributario del artículo 310 CP, *vid.* GRACIA MARTÍN, La infracción de deberes contables y registrales tributarios en Derecho Penal, 1990; y en relación con el delito de fraude de subvenciones del artículo 308 CP, *vid.* ARROYO ZAPATERO, Delitos contra la Hacienda Pública en materia de subvenciones, 1987.

² Además de los correspondientes capítulos de libro de los diferentes manuales de Derecho Penal Especial, cabe señalar: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Los delitos contra la hacienda pública y la seguridad

posibilidades y el propósito de este trabajo examinar en detalle todas las tesis³, no obstante, se procurará realizar una breve revisión del estado de la cuestión y, principalmente, proponer una definición que permita concretar el contenido de la conducta típica del delito de defraudación tributaria del art. 305.1 CP. Para ello, se tratarán tres cuestiones: el contenido del verbo rector «defraudar», la definición de las modalidades típicas y la posibilidad de comisión de la defraudación por omisión.

II. EL CONTENIDO DEL VERBO RECTOR DEFRAUDAR

La mayoría de la doctrina reconoce que el verbo «defraudar» constituye el aspecto nuclear o rector en torno al cual gira toda la dinámica comisiva del delito fiscal⁴. No obstante, existe una gran controversia dogmática en relación con el significado y el contenido de dicho verbo, para lo cual la doctrina ha propuesto dos grandes soluciones⁵: la teoría de la infracción del deber y las teorías del engaño.

Una primera postura que se denomina «teoría de la infracción del deber» señala que el verbo «defraudar» se refiere a la causación de un perjuicio patrimonial sin necesidad de que abarque elementos posteriores y, en concreto, sin necesidad de exigir un engaño determinado. Así, el desvalor del injusto viene integrado exclusivamente por la infracción de deberes formales tributarios de veracidad e información por parte del sujeto pasivo del tributo⁶. Estas teorías

social. Estudio de las modificaciones introducidas por la LO 6/1995, de 29 de junio, 1995; BLANCO CORDERO, Eguzkilore 14-2000, 5-46; BOIX REIG/MIRA BENAVENT, Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, 2000.

³ Cfr. TORRES CADAVID, La responsabilidad penal del asesor fiscal, 2019, 98 ss.

⁴ Vid. con referencias, ampliamente, CASTRO MORENO, Elusiones fiscales atípicas, 2008, 14 s.; BOIX REIG/GRIMA LIZANDRA, en BOIX REIG (dir.), Derecho Penal, PE, III, 2012, 18. No obstante, otro sector minoritario entiende que los verbos centrales son «eludir», «disfrutar» y «obtener», y, por ello, con diferentes matices, interpretan el tipo penal con estos elementos base. En este sentido último, vid. LAMARCA PÉREZ, RDFHP 178, 1985, 777; BACIGALUPO ZAPATER, en BACIGALUPO ZAPATER (dir.), Curso de Derecho Penal Económico, 2.ª, 2005, 473.

⁵ Para un estudio detallado de estas concepciones, vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Los delitos contra la Hacienda Pública, 1995, 41 ss.; BRANDARIZ GARCÍA, El delito de defraudación a la Seguridad Social, 2000, 376 ss.; CASTRO MORENO, Elusiones fiscales atípicas, 2008, 13 ss.; AYALA GÓMEZ, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO (dir./coord.), Delitos e infracciones contra la Hacienda Pública, 2009, 108; MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, 9.ª, 2011, 1046 ss.

⁶ Cfr. POLAINO NAVARRETE, EPC IX, 1984/1985, 178; PÉREZ ROYO, Los delitos y las infracciones en materia tributaria, 1986, 116; GRACIA MARTÍN, REDF 58, 1988, 286. Vid., también, BACIGALUPO ZAPATER, RFDUCM 56, 1979, 84 ss.; CASTRO MORENO, Elusiones fiscales atípicas, 2008, 26 s.; LAMARCA PÉREZ, RDFHP 178, 1985, 769 ss.; BACIGALUPO ZAPATER, en BACIGALUPO ZAPATER (dir.), Curso de DPE, 2.ª, 2005, 473, 477.

aducen como argumentos principales, i) que no existe un concepto unitario de defraudación en el ordenamiento jurídico español, lo cual se manifiesta, además, en ii) que el CP no recoge una definición común para las distintas modalidades de defraudaciones, y iii) que, por lo tanto, el engaño no constituye un requisito co-sustancial a las mismas.

La segunda postura considera que no basta con la mera infracción de los deberes extrapenales, sino que, por el contrario, la acción de defraudar debe contener un plus de desvalor caracterizado por la exigencia de un engaño. Algunos autores aducen que el engaño requerido en el delito fiscal presenta la misma naturaleza que el requerido en el delito de estafa, esto es, la ejecución de una maniobra engañosa que induzca a error al sujeto pasivo del delito, postura que se ha denominado tesis de la *mise en scène* (puesta en escena)⁷. Pero otros, que conforman el sector mayoritario, proponen una formulación moderada de la teoría del engaño conforme a la cual debe exigirse la utilización de una modalidad específica de conducta fraudulenta, engañosa, que sea idónea para vulnerar el bien jurídico. Consideran, además, que el perjuicio patrimonial a los ingresos tributarios de la Hacienda Pública únicamente podrá imputarse a dicha conducta cuando la Administración no esté en condiciones, por sí misma, de averiguar los fundamentos del hecho imponible. En este sentido, el verbo rector defraudar, supondría una ocultación de bases o datos esenciales que sea idónea para imposibilitar o dificultar la liquidación del tributo⁸.

Las posturas acerca de la definición del verbo defraudar y, con ello, del contenido de la conducta típica, obedecen a las diversas concepciones sobre el bien jurídico y a los diferentes significados dogmáticos que se les otorgan a los elementos típicos del artículo 305 CP⁹. A continuación, me referiré a la definición del verbo defraudar que acojo, con base en el elemento que entiendo nuclear del Derecho (penal) tributario, el tributo, y en particular, en la concreta

⁷ Cfr. BOIX REIG/MIRA BENAVENT, Los delitos contra la Hacienda Pública, 1999, 53; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE, Derecho Penal Económico, 2.ª, 2010, 274 s.; BOIX REIG/GRIMA LIZANDRA, en BOIX REIG (dir.), DP, PE, III, 2012, 19.

⁸ Cfr. CASTRO MORENO, Elusiones fiscales atípicas, 2008, 13 ss.; COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, en BAJO FERNÁNDEZ (dir.)/BACIGALUPO SAGGESE/GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), Política fiscal y delitos contra la Hacienda Pública. Mesas redondas Derecho y Economía, 2007, 59 ss.; AYALA GÓMEZ, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO (dir./coord.), Delitos e infracciones, 2009, 119; QUERALT JIMÉNEZ, Derecho Penal español, PE, 7.ª, 2015, 803; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho Penal Económico y de la Empresa, PE, 7.ª ed., 2023, 785 s.

⁹ No es posible entrar a evaluar exhaustivamente todas las posibles consecuencias dogmáticas (con sus críticas correspondientes) de las múltiples combinaciones entre definición de bien jurídico y conducta típica que han sido defendidas por la doctrina española, así como su evolución en el tiempo conforme a las modificaciones normativas del tipo penal. Cfr. TORRES CADAVID, La responsabilidad penal del asesor fiscal, 2019, 98 ss., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, DPEE, PE, 7.ª, 2023, 779 ss., 785 ss.

obligación jurídico-tributaria material (diferenciando la obligación principal de la autónoma de realizar pagos a cuenta)¹⁰.

La obligación tributaria nace de un hecho generador que, en el caso de la obligación tributaria principal contributiva, es el hecho imponible y que, en el caso de la obligación autónoma de realizar pagos a cuenta puede ser, por ejemplo, el pago de un salario como consecuencia de una relación laboral o un contrato de trabajo. Estas obligaciones lo son *ex lege*, es decir, dependen de la existencia de una norma tributaria creadora del tributo o creadora de la obligación de realizar pagos a cuenta. Con la realización del hecho imponible, que es manifestación de capacidad económica, surge la obligación tributaria principal contributiva para el sujeto pasivo del tributo de contribuir, de pagar una suma de dinero; mientras que, con la realización del hecho generador de la obligación de realizar pagos a cuenta, surge la obligación de los pagadores de los rendimientos, que en el caso de ser dinerarios, deben retener a cuenta parte de su importe para posteriormente declararla e ingresarla a la Administración, y en el caso de constituir retribuciones en especie, deben ingresar a cuenta una proporción del rendimiento para posteriormente declararla e ingresarla directamente a la Administración¹¹.

A mi juicio, conforme a los postulados de la teoría moderada del engaño, la presencia del verbo defraudar tiene un objetivo y es el de demarcar el ámbito de lo punible, declarar que el desvalor de acción del delito del art. 305 CP consiste precisamente en «algo más» que una simple infracción de deberes extrapenales¹². El verbo defraudar supone un elemento co-sustancial: la verificación de un cierto «engaño», que entiendo, no se concreta en el engaño característico de la estafa y mucho menos de una *mise en scène*, sino en una

¹⁰ En mi opinión el análisis del delito de defraudación tributaria requiere el reconocimiento de dos injustos penales diferentes contenidos en el art. 305.1 CP, v. *infra* apartado III. Cfr. TORRES CADAVID, La responsabilidad penal del asesor fiscal, 2019, 64 ss.

¹¹ Adicionalmente, con estas obligaciones materiales principales, que son pecuniarias, surgen también entre la Administración y el obligado tributario otros deberes y derechos accesorios que, conforme a la normativa de cada tributo respectivo, tienen finalidades distintas según se den en la fase de gestión/liquidación (desde el nacimiento de la obligación tributaria hasta la liquidación de la deuda) o en la fase de recaudación (desde la liquidación y hasta el pago del tributo). Así, mientras que con los deberes accesorios impuestos en fase de recaudación se pretende asegurar la realización de la obligación tributaria tal y como le es conocida al acreedor como consecuencia de su liquidación, con los deberes accesorios impuestos en la fase de liquidación se pretende el aseguramiento del reconocimiento de la deuda tributaria. Cfr. MARTÍN QUERALT/LOZANO SERRANO/TEJERIZO LÓPEZ/CASADO OLLERO, Curso de Derecho Financiero y Tributario, 26.ª ed., 2015, 283; TORRES CADAVID, La responsabilidad penal del asesor fiscal, 2019, 64 ss.

¹² En otras palabras, también MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Los delitos contra la hacienda pública, 1995, 41: «Parece obligado otorgar al verbo defraudar un significado autónomo específico, puesto que si se lo concibe simplemente como equivalente a causación de un perjuicio patrimonial, el término sería en esencia superfluo»; DPEE, PE, 7.ª, 2023, 785. Cfr. también SILVA SÁNCHEZ, El nuevo escenario del delito fiscal en España, 2005, 41.

ocultación de la realización de los hechos generadores o de las bases gravables de las concretas obligaciones tributarias (materiales y formales)¹³.

En consecuencia, en mi opinión, el defraudar podría ser definido como la conducta dirigida a ocultar la realización de los hechos generadores de la relación tributaria o de los datos relevantes para determinar las bases tributarias, en cuanto simularlas, disimularlas u omitir su comunicación, mediante actos o negocios jurídicos mendaces o el incumplimiento de deberes accesorios a la obligación tributaria material. Actos o negocios que tienen que resultar idóneos para *obstaculizar* la completa y oportuna liquidación de la deuda y su correcta recaudación, burlando, incluso, la comprobación o verificación posterior por parte de la respectiva Hacienda Pública. En suma, defraudar consiste en realizar conductas engañosas que lesionan el bien jurídico protegido, entendido como el interés patrimonial de la correspondiente Hacienda Pública concretado en la correcta (en cuanto completa y oportuna) liquidación y recaudación de la concreta obligación tributaria material.

No se propone sustituir el verbo defraudar por el de ocultar, sino dotar al verbo rector de un contenido que suponga la utilización de medios mendaces que lleven a una ocultación de la realidad que impida la correcta liquidación de la deuda y, en consecuencia, su posterior recaudación¹⁴. Dichos medios mendaces, a mi entender, pueden clasificarse en: i) medios que ataquen la realización o el descubrimiento del hecho imponible y ii) medios que ataquen la determinación de la base gravable. En los primeros, quedarían integrados los actos o negocios jurídicos y económicos que, en una escala de gravedad, pueden reputarse artificiosos, simulados o falsos. Y, en los segundos, el incumplimiento de deberes de información con la presentación de datos inexactos que disminuyan la imposición o, cuando existiendo un deber de comunicar determinados hechos con relevancia tributaria, se omita su declaración o se haga falsamente disminuyendo la imposición.

Se requiere, además, apreciar que la conducta engañosa sea idónea (adecuada y apropiada)¹⁵ para impedir una correcta (en cuanto completa y oportuna)

¹³ Le concede específicamente esta doble connotación de simular y ocultar la realidad (las bases imponibles) al engaño AYALA GÓMEZ, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO (dir./coord.), *Delitos e infracciones*, 2009, 118. Cfr., también, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Presente y futuro del delito fiscal*, 1974, 52 ss., quien entiende (a propósito del antiguo art. 319 CP del delito de ocultación de bienes e industria para eludir el pago de impuestos) que «(...) la *ocultación* supone ciertamente un engaño. (...) En el artículo 319 parece que lo que se castiga no es la conducta de ocultación en lo que ella tiene en sí misma de engaño o mutación de la verdad, sino en la medida en que represente al menos un intento frustrado de defraudar al Fisco».

¹⁴ Cfr. AYALA GÓMEZ, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO (dir./coord.), *Delitos e infracciones*, 2009, 120.

¹⁵ Cfr. AYALA GÓMEZ, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO (dir./coord.), *Delitos e infracciones*, 2009, 120; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPEE*, PE, 7.^a, 2023, 785 s.

liquidación de la obligación. Lo determinante es que se haya impedido la cuantificación de la deuda tributaria. Si la determinación de la existencia y cuantía de la deuda es factible a partir de los datos suministrados por el obligado tributario o disponibles en los diferentes medios de información financiera, sin necesidad de investigación ulterior, no cabe hablar de defraudación. El verbo típico obliga a entender que, además de la concurrencia de la específica modalidad de conducta, la vulneración del bien jurídico patrimonio del Erario únicamente se podrá imputar a dicha conducta cuando la Administración no estaba en condiciones, por sí misma, de averiguar los fundamentos del hecho imponible¹⁶.

El desvalor de acción estaría compuesto, en consecuencia, por la realización de conductas engañosas que impidan realizar una correcta liquidación de la real obligación tributaria material. Solo en esta fase, tanto el objeto material como el bien jurídico pueden resultar lesionados¹⁷. Un concepto de estas características dotaría al verbo rector de un contenido penal autónomo, garantizando una mayor legitimidad a la intervención penal en este ámbito y contribuyendo especialmente a delimitar las conductas económicamente arriesgadas pero admisibles penalmente, de las estrictamente constitutivas de defraudación tributaria¹⁸. En definitiva, y a mi juicio, tanto en la modalidad activa como en la omisiva se conjuga una acción de ocultar la realidad frente a la Hacienda (perspectiva del autor) o su reverso, como consecuencia de la ocultación, el desconocimiento de la Hacienda de esa realidad (perspectiva de la Administración).

III. LA DEFINICIÓN DE LAS MODALIDADES TÍPICAS

La conducta típica puede realizarse por medio de diferentes modalidades genéricas de conducta. Se puede defraudar mediante la elusión del pago de tributos, la elusión de cantidades retenidas o que se hubieran debido retener, la elusión de ingresos a cuenta de retribuciones en especie, la obtención indebida de devoluciones y el disfrute indebido de beneficios fiscales¹⁹.

¹⁶ Cfr. GRACIA MARTÍN, REDF 58, 1988, 288; AYALA GÓMEZ, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO (dir./oord.), Delitos e infracciones, 2009, 117.

¹⁷ Muy ilustrativas resultan las palabras de GRACIA MARTÍN, REDF 58, 1988, 288, con la salvedad de que este autor integra el desvalor de acción por la exclusiva infracción de deberes: «De acuerdo con la interpretación propuesta sólo pueden formar parte del desvalor de la acción de defraudación tributaria infracciones de deberes accesorios impuestos *en fase de liquidación*. Con la conclusión de esta fase el objeto material del delito sólo puede presentarse dañado o indemne. Si este último es el caso, ya no habrá posibilidad alguna de realizar actos ejecutivos integrantes de una acción de defraudación tributaria».

¹⁸ Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, RDPCr 11 (2003), 110.

¹⁹ Cfr. sobre este tema, entre otros, BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE, Delitos contra la Hacienda Pública, 2000, 65 ss.; BOIX REIG/MIRA BENAVENT, Los delitos contra la Hacienda Pública, 1999, 54;

En mi opinión, como mencionaba *supra*, es posible agrupar estas conductas en dos injustos penales diferentes²⁰. Por un lado, la elusión del pago de tributos, el disfrute indebido de beneficios fiscales y la obtención indebida de devoluciones, que se refieren a la obligación tributaria principal contributiva y de la que el sujeto obligado es el contribuyente, se corresponden con lo que se podría denominar *el injusto de defraudación tributaria del contribuyente*. Y por otro, la elusión del pago de cantidades retenidas o que se hubieran debido retener y la elusión de los ingresos a cuenta de retribuciones en especie, que se refieren a la obligación autónoma de realizar pagos a cuenta, y de la que el sujeto obligado es el pagador a cuenta (el retenedor o el obligado a ingresar a cuenta), que se corresponden con el que se podría denominar *el injusto de defraudación tributaria del pagador a cuenta*.

En relación con el primero de los tipos de injusto, con el delito de defraudación tributaria en sentido estricto, entiendo que el término «eludir» se puede definir, de forma simplísima, como la conducta dirigida a evitar que la Hacienda Pública pueda realizar una recaudación completa de los ingresos tributarios. En concordancia con el contenido del verbo defraudar, presupone la ocultación de la realización del hecho imponible o de datos relevantes para proceder a la determinación de la base gravable en la fase de liquidación tributaria, actos todos ellos que pueden estar encaminados tanto a conseguir una reducción de la cuota tributaria o directamente a su no pago, como a la obtención indebida de una devolución. En consecuencia, en mi opinión, las conductas engañosas de elusión que interfieren en la correcta liquidación del tributo y, por tanto, en la recaudación, incluyen toda clase de reducciones, deducciones, bonificaciones, exenciones y desgravaciones tributarias, por ser, precisamente, instituciones que suponen una «reducción» de la carga fiscal²¹. Estas categorías no representan un concepto sustancialmente diferente de la elusión del pago de tributos, porque dependen de la aplicación de normas excepcionales que producirán, en todo caso, una falta total de ingreso, un ingreso inferior al debido o una devolución²².

MORILLAS FERNÁNDEZ, en COBO DEL ROSAL (dir.), Comentarios al Código Penal, X, (v. I), 2006, 30; SANTIESTEBAN RUIZ, en Arroyo Zapatero/Berdugo Gómez de la Torre/Ferré Olivé/García Rivas/Serrano Piedecasas/Terradillos Basoco (dir.), Comentarios al Código Penal, 2007, 684 s.; MORILLAS CUEVA, en MORILLAS CUEVA (coord.), Sistema de Derecho Penal español, PE, 2011, 651.

²⁰ Cfr. TORRES CADAVID, La responsabilidad penal del asesor fiscal, 2019, 64 ss.

²¹ Así también, en este sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, DPEE, PE, 7.ª, 2023, 777 ss.

²² En desacuerdo con esta posición, puesto que consideran que desde la perspectiva del Derecho tributario el disfrute indebido de beneficios fiscales supone una noción autónoma en relación con la elusión de tributos: RUBIO LARA, Parte Especial de Derecho penal económico español, 2006, 158; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE, DPE, 2.ª, 2010, 303; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, DPEE, PE, 7.ª, 2023, 773 ss. Estoy de acuerdo, en cambio, con GRACIA MARTÍN, REDF 58, 1988, 284, que afirma: «Prescindiendo

La devolución, conforme al artículo 31 LGT, es resultado del derecho que se le genera al contribuyente de que le sea reembolsado por parte de la Administración el exceso retenido, pagado a cuenta o pagado fraccionadamente, e ingresado, en los impuestos sobre la renta, sobre sociedades y sobre la renta de no residentes. Una vez finalizado el periodo impositivo, estos tributos le exigen al contribuyente que realice una declaración en la que calcule el importe de la cuota correspondiente a la totalidad de los rendimientos percibidos durante el ejercicio, dando lugar a la cuota líquida. De ese importe deducirá las cantidades que se le hayan retenido, las ingresadas a cuenta y las que él mismo hubiera ingresado en concepto de pago fraccionado, obteniendo así la cuota diferencial. De ser positiva, el contribuyente deberá abonar a la Administración, y, de ser negativa, le será devuelta por la Administración. No obstante, considero que la obtención indebida de devoluciones es simplemente uno de los dos resultados que se pueden ocasionar como consecuencia de una incorrecta, incompleta o defectuosa recaudación. Hay que tener en cuenta que, con la mención explícita a esta modalidad tras la reforma de 1995, se resolvieron las dudas que se habían generado acerca de su penalización en la legislación anterior. Antes, de manera estricta, la devolución no podía ser contenida en el concepto de disfrute indebido de beneficios fiscales ni tampoco en el delito de fraude de subvenciones²³.

En relación con el segundo tipo de injusto, de defraudación del pagador a cuenta, entiendo que se trata también, en relación con la definición propuesta de conducta engañosa, de la ocultación de la realización del hecho generador (economía sumergida) de la obligación de pagar a cuenta (retener o ingresar a cuenta) o de datos relevantes para proceder a la determinación de la base gravable en la fase de liquidación tributaria, lo que podría suponer un pago mermado o un no pago²⁴.

ahora de los numerosos problemas dogmáticos que plantea la obligada distinción entre elusión y disfrute me interesa destacar aquí que también respecto de esta forma del resultado típico es preciso aplicar los mismos principios que hemos hecho valer para la elusión con el fin de determinar qué lesiones del bien jurídico integran el resultado típico. En la obtención de beneficios fiscales sólo estarán comprendidos los supuestos de aplicación de éstos a situaciones en que la Administración ignora la existencia –o cree erróneamente en la existencia– de los hechos a los que la norma vincula el beneficio fiscal. También en estos casos resulta imposible para la Administración la realización de su concreta pretensión tributaria porque le es desconocida una parte de su existencia objetiva. En consecuencia quedarán fuera del tipo los casos de percepción indebida de beneficios fiscales que no tengan su causa en una divergencia entre la existencia objetiva y la existencia subjetiva de la concreta obligación tributaria».

²³ Cfr. AYALA GÓMEZ, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO (dir./oord.), *Delitos e infracciones*, 2009, 149 ss.; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE, DPE, 2.^a, 2010, 302 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, DPEE, PE, 7.^a, 2023, 773 ss.

²⁴ Cfr. AYALA GÓMEZ, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO (dir./oord.), *Delitos e infracciones*, 2009, 156 ss.; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE, DPE, 2.^a, 2010, 294 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN

IV. LA COMISIÓN POR OMISIÓN DE LA DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA

La defraudación por omisión es otro de los temas que ha sido largamente discutido por la doctrina a propósito del delito fiscal desde su inicial previsión, no solo por las dificultades dogmáticas particulares que presentan las comisiones por omisiones, sino también porque la LGT le asigna al contribuyente el deber, cada vez en más situaciones, de hacer alguna declaración e incluso la liquidación de sus obligaciones tributarias, lo cual le concede una especial relevancia práctica al «no actuar»²⁵.

El legislador de 1995 incluyó explícitamente la posibilidad de la comisión omisiva del delito de defraudación tributaria y precisó así los límites del debate que hasta entonces había tenido lugar. Algunos autores consideraban que el delito de defraudación tributaria se trataba de una omisión pura²⁶ y la postura contraria más radical rechazaba la posibilidad de la comisión por omisión²⁷.

El legislador con la inclusión de la palabra «omisión» zanjó el perfil más radical del debate pero, al dejar sin modificaciones el resto de la estructura del tipo, no ayudó a superar la polémica acerca del concepto de acción típica en este delito, que continua vigente hasta nuestros días. En relación con la omisión, persiste el problema central de la comisión por omisión, es decir, la necesidad de resolver en qué casos la omisión puede ser equiparada a la comisión activa a los efectos de la vulneración del bien jurídico, conforme, además y según la postura que se defiende en este trabajo, al contenido de engaño que se le asigna al verbo rector defraudar.

Ahora bien, es importante mencionar que algunos autores²⁸ consideran que no son aplicables los criterios legales de la comisión por omisión del artículo 11 CP al delito del artículo 305 CP, debido a que el artículo 11 CP deli-

PÉREZ, DPEE, PE, 7.^a, 2023, 773 ss.

²⁵ Para conocer en detalle la discusión, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, El delito de omisión: concepto y sistema, 1986, 100 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Los delitos contra la Hacienda Pública, 1995, 39 ss.; BRANDARIZ GARCÍA, El delito de defraudación, 2000, 547 ss.; CASTRO MORENO, Elusiones fiscales atípicas, 2008, 34 ss.; AYALA GÓMEZ, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO (dir./coord.), Delitos e infracciones, 2009, 142 ss.

²⁶ Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, en BACIGALUPO ZAPATER (dir.), Curso de DPE, 2.^a, 2005, 473 ss.

²⁷ Un primer sector minoritario de la doctrina negó inicialmente la posibilidad de que la defraudación tributaria pudiera realizarse omisivamente, pues entendía que la inclusión sistemática del delito en el Título III dedicado a las Falsedades suponía la exigencia de que la acción típica constituyera, al menos en alguna medida, una falsedad. Cfr. CASTRO MORENO, Elusiones fiscales atípicas, 2008, 34; MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), Comentarios a la PE, 9.^a, 2011, 1047; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, DPEE, PE, 7.^a, 2023, 775 s.

²⁸ Cfr. MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), Comentarios a la PE, 9.^a, 2011, 1048.

mita el ámbito de aplicación de la cláusula general a los delitos que consisten en la producción de un resultado (sin especificación de los medios) y, en cambio, la concreta configuración típica del artículo 305.1 CP delimita taxativamente los medios o formas en que objetivamente ha de manifestarse la acción u omisión (la elusión del pago de tributos o de cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingreso a cuenta de retribuciones en especie, la obtención indebida de devoluciones y el disfrute indebido de beneficios fiscales), las cuales, además, deben presentar un carácter defraudatorio. En consecuencia, aducen que la delimitación y fijación de los criterios de la comisión por omisión en el delito de defraudación tributaria debe hacerse de forma específica conforme al precepto del artículo 305.1 CP.

Sin embargo, en mi opinión, se deberá simplemente producir el específico juicio de equivalencia jurídica entre la conducta activa y omisiva que, con carácter general, implica la verificación de una identidad estructural y material en el plano de las estructuras normativas²⁹. Estamos en presencia de un delito que puede cometerse mediante una comisión o una omisión, concretamente, a efectos de la literalidad del artículo 305.1 CP, mediante diversas modalidades genéricas de la conducta y en relación con los supuestos de no presentación de la obligada declaración tributaria, siempre que se produzca un perjuicio para la Hacienda Pública superior a los 120.000 euros.

Pero entonces, el contenido que se confiera al elemento defraudatorio del delito condiciona el ámbito de la posible comisión por omisión. Así, el sector doctrinal que considera que con la simple infracción de deberes se configura la conducta típica llegará a la conclusión que la comisión por omisión será siempre posible con tal de que a la infracción del deber de declarar se asocie la causación del perjuicio patrimonial típico. En sentido contrario, para quienes consideran que se requiere un cierto engaño, la viabilidad de la omisión dependerá del contenido que se otorgue a este requisito. Así pues, de acuerdo con la teoría del engaño moderada que acojo, considero que el verbo defraudar impone la restricción según la cual el resultado solo puede imputarse objetivamente a la omisión cuando la inactividad del obligado deja a los órganos competentes de la Administración Tributaria ante el desconocimiento de los hechos que fundamentan la obligación de tributar, es decir, la formulación sería idéntica al concepto de defraudación en los comportamientos activos.

En este contexto, la ausencia de declaración implica la conjugación del verbo típico defraudar, siempre que de manera adicional a la infracción de

²⁹ SILVA SÁNCHEZ, El delito de omisión, 1986, *passim.*; EPB, 2002, 972; LUZÓN PEÑA, Lecciones de Derecho Penal, PG, 3.ª ed., 2016, 30/nm. 29.

deberes tributarios, la conducta sea idónea para incidir en el normal desarrollo de la gestión tributaria, es decir, la correcta (en cuanto completa y oportuna) liquidación de la obligación tributaria material, y se cree el riesgo de producción del resultado lesivo³⁰.

Este tema, por su complejidad, requeriría un análisis más detallado que no es posible realizar aquí, pero baste con apuntar que la no presentación de la declaración tributaria crea, en principio, el riesgo de producción del resultado lesivo del bien jurídico cuando imposibilita la correcta liquidación de la deuda tributaria. Por ello, el resultado lesivo no será imputable a la omisión si, en el caso concreto, el sujeto omitente, a pesar de no cumplir con su deber realizando la declaración específica del tributo de que se trate, comunica por cualquier otro medio a la Administración los presupuestos del hecho imponible o la Administración Tributaria tenía en su poder los datos que le permitían realizar la correcta liquidación de la deuda³¹.

V. CONCLUSIONES

El verbo defraudar podría ser definido como la conducta dirigida a ocultar la realización de los hechos generadores de la relación tributaria o de los datos relevantes para determinar las bases tributarias, en cuanto simularlas, disimularlas u omitir su comunicación, mediante actos o negocios jurídicos mendaces o el incumplimiento de deberes accesorios a la obligación tributaria material. Actos o negocios que tienen que resultar idóneos para obstaculizar la completa y oportuna liquidación de la deuda y su correcta recaudación, burlando, incluso, la comprobación o verificación posterior por parte de la respectiva Hacienda Pública.

La elusión del pago de tributos, el disfrute indebido de beneficios fiscales y la obtención indebida de devoluciones se refieren a la obligación tributaria principal contributiva, de la que el sujeto obligado es el contribuyente, es decir, en mi opinión, el disfrute indebido de beneficios fiscales y la obtención indebida de devoluciones no representan un concepto sustancialmente diferente de la elusión del pago de tributos, porque dependen de la aplicación de normas excepcionales que producirán, en todo caso, una falta total de ingreso, un in-

³⁰ Cfr. BERDUGO GÓMEZ/FERRÉ OLIVÉ, *Todo sobre el fraude tributario*, 1994, 59 ss.; AYALA GÓMEZ, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO (dir./coord.), *Delitos e infracciones*, 2009, 122 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPEE, PE*, 7.ª, 2023, 773 s.

³¹ Cfr. AYALA GÓMEZ, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO (dir./coord.), *Delitos e infracciones*, 2009, 148 s.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPEE, PE*, 7.ª, 2023, 773 ss.

greso inferior al debido o una devolución. En este caso, entiendo que el término «eludir» se puede definir, de forma simplísima, como la conducta dirigida a evitar que la Hacienda Pública pueda realizar una recaudación completa de los ingresos tributarios.

La elusión del pago de cantidades retenidas o que se hubieran debido retener y la elusión de los ingresos a cuenta de retribuciones en especie se refieren a la obligación autónoma de realizar pagos a cuenta, de la que el sujeto obligado es el pagador a cuenta (el retenedor o el obligado a ingresar a cuenta). En este caso la conducta consistiría en la ocultación de la realización del hecho generador (economía sumergida) de la obligación de pagar a cuenta (retener o ingresar a cuenta) o de datos relevantes para proceder a la determinación de la base gravable en la fase de liquidación tributaria, lo que podría suponer un pago mermado o un no pago.

En relación con la posibilidad de la comisión por omisión del delito de defraudación tributaria se deberá realizar el específico juicio de equivalencia jurídica entre la conducta activa y omisiva. Eso sí, de acuerdo con la teoría del engaño moderada que acojo, considero que el verbo defraudar impone la restricción según la cual el resultado solo puede imputarse objetivamente a la omisión cuando la inactividad del obligado deja a los órganos competentes de la Administración Tributaria ante el desconocimiento de los hechos que fundamentan la obligación de tributar, es decir, la formulación sería idéntica al concepto de defraudación en los comportamientos activos. En este contexto, la ausencia de declaración implica la conjugación del verbo típico defraudar, siempre que de manera adicional a la infracción de deberes tributarios, la conducta sea idónea para incidir en el normal desarrollo de la gestión tributaria, es decir, la correcta (en cuanto completa y oportuna) liquidación de la obligación tributaria material, y se cree un riesgo de producción del resultado lesión.

VI. DEDICATORIA

Le dedico este trabajo al Profesor Javier de Vicente Remesal, a quien le agradezco su generosidad y apoyo desde que llegué a la Escuela del Profesor Diego-Manuel Luzón Peña de la mano de mi maestro Profesor Miguel Díaz y García Conlledo en el 2012; y todavía más, si cabe, desde que comencé mi andadura como profesora de Derecho penal en la Universidad de Vigo, por allá en el año 2017. Querido Javier, ha sido un gusto compartir estos años siendo testigo de primera mano de tu buen quehacer docente e investigador, he aprendido mucho. ¡Muchas gracias y feliz cumpleaños 70!

CAPÍTULO LXXXVII

EL DERECHO PENAL FRENTE A LA VIOLENCIA REPRODUCTIVA: UN BREVE APUNTE *

MARÍA A. TRAPERO BARREALES

Catedrática de Derecho Penal. Universidad de León. Patrona de la FICP

*A Javier, con mi respeto y admiración al penalista,
y gratitud y cariño a la persona.*

I. LA VIOLENCIA REPRODUCTIVA, FORMA DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER. UN APUNTE DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EUROPEO

Los organismos internacionales han tenido un papel fundamental para impulsar la eliminación de la violencia contra la mujer, por un lado, al identificar esta violencia como una clara y manifiesta vulneración de derechos humanos, y, por otro lado, para fomentar y reclamar políticas de los Estados para su erradicación.

Haciendo una referencia resumida a las actuaciones desde organismos internacionales, el reconocimiento de la violencia contra la mujer como violación de derechos humanos ha tenido lugar con la Convención de Naciones

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación PID2019-108567RB-C21 (AEI), del que es IP la autora (la 2.ª IP), así como en las tareas de investigación de la UIC 166 de Castilla y León, y en las del Grupo de investigación DPULE, ambos dirigidos por Miguel Díaz y García Conlledo, quien es también el primer IP del proyecto anteriormente referenciado.

Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecho en Nueva York el 18 de diciembre de 1979. De manera expresa, en la Declaración y Acción de Viena aprobadas en la II Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, Naciones Unidas afirma que la violencia contra las mujeres es una violación de los derechos humanos¹.

La violencia contra la mujer se define en la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, de 20 de diciembre de 1993 (art. 1): «todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada»².

A nivel regional ha de citarse el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. En él se reconoce que la violencia contra la mujer es una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres [art. 3 a)]; con este concepto se designan todos los actos de violencia basados en el género que implican o puedan implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas para realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada. Además, se insta a los Estados que ratifiquen el Convenio a que tipifiquen los delitos de violencia contra la mujer (o violencia doméstica) que se describen en los artículos 33 a 40.

Los derechos (sexuales y) reproductivos, el derecho a la salud (sexual y) reproductiva, y las conductas constitutivas de violencia (sexual y) reproductiva, son objeto de atención en varios textos de organismos internacionales.

A la salud (sexual y) reproductiva de niñas y mujeres se alude en la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, aprobada en la 16.^a Sesión plenaria el 15 de septiembre de 1995 en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijing en 1995³. En la Plataforma de Acción se reconoce expresamente que «los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia».

¹ <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G93/142/36/PDF/G9314236.pdf?OpenElement>.

² V. https://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_12/spl_25/pdfs/15.pdf.

³ V. <https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20S.pdf>. La salud (sexual y) reproductiva ya había sido objeto de atención en el Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994. V., para más detalles, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/231/29/PDF/N9523129.pdf?OpenElement>.

En el Convenio de Estambul no hay referencia explícita a la violencia reproductiva, pero sí se reclama la tipificación de delitos que, indiscutiblemente, son manifestación de esta clase de violencia: el aborto forzoso y la esterilización forzosa.

También merece mención la Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de junio de 2021, sobre la situación de la salud y los derechos sexuales y reproductivos en la Unión, en el marco de la salud de las mujeres (2020/2215 (INI))⁴, donde se señala que la salud y los derechos sexuales y reproductivos se constituyen en cuatro ámbitos: la salud sexual, los derechos sexuales, la sanidad de la reproducción y los derechos reproductivos.

La violencia obstétrica puede plantearse como una subcategoría de la violencia reproductiva. En todo caso, se catalogue o no de esta manera, es una abierta vulneración de la salud sexual y reproductiva de las mujeres⁵.

Es una terminología que no ha recibido el consenso generalizado⁶, si bien en algunos documentos sí se ha empleado para referirse a determinadas manifestaciones y/o actuaciones que afectan a los derechos reproductivos. Se hace referencia a esta violencia contra la mujer en la Declaración de la OMS, de 2015, sobre la prevención y erradicación de la falta de respeto y el maltrato durante la atención del parto en centros de salud⁷; en el Informe de la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, presentado a la Asamblea General de Naciones Unidas de 11 de julio de 2019 con el título *En-*

⁴ V. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0314_ES.pdf.

⁵ V., por todos, MONTIEL, «Violencia obstétrica» como disposición ilegítima del cuerpo de la parturienta, en: KUDLICH/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA GIMENO (Eds.), Cuestiones actuales del Derecho penal médico, 2017, 62; MÉNDEZ ARISTIZÁBAL, La salud sexual, reproductiva y la mortalidad materna frente a la violencia obstétrica: una mirada hacia las más excluidas, en: LEMA AÑÓN (Ed.), Los determinantes sociales de la salud: más allá del derecho a la salud, 2021, 386, así como los textos citados en los apartados anteriores procedentes de Naciones Unidas, Consejo de Europa y Unión Europea.

⁶ Como señalan RUIZ-BERDÚN, Análisis histórico de la violencia obstétrica, en: GOBERNA-TRICAS/BOLADERAS (Coords.), El concepto «violencia obstétrica» y el debate actual sobre la atención al nacimiento, 2018, 33; y GARCÍA FERNÁNDEZ, Violencia obstétrica: los antecedentes históricos de un abuso silenciado, en: FERNÁNDEZ TERUELO/FONSECA FORTES-FURTADO (Dir.), Violencia de género: retos pendientes y nuevos desafíos, 2021, 47, 61, esta terminología empieza a utilizarse en el siglo XIX, en una publicación inglesa; en España las primeras referencias se encuentran en el siglo XX, aunque sí se han (y se siguen) utilizado otros términos para aludir a esta violencia, tales como parto violento, parto forzado. El término violencia obstétrica sí se ha utilizado en la legislación sobre violencia de género en varios países Latinoamericanos (por ejemplo, Argentina, Venezuela, varios Estados de México). Este término es rechazado sobre todo por profesionales de la medicina, por las implicaciones que supone el concepto «violencia»; en su lugar se pueden encontrar otras expresiones. Por ejemplo, propone en su lugar asistencia obstétrica no respetuosa SALGADO POVEDA, Responsabilidad ética, administrando cuidados durante el parto, en: GOBERNA-TRICAS/BOLADERAS (Coords.), Violencia obstétrica, 2018, 121; o mala praxis obstétrica, prácticas obstétricas abusivas, OBREGÓN GUTIÉRREZ, La prevención de la violencia obstétrica desde las prácticas de valor y la atención centrada en la persona, en: GOBERNA-TRICAS/BOLADERAS (Coords.), Violencia obstétrica, 2018, 127 s., o maltrato institucional sobre la mujer, BOTET, Violencia obstétrica. Visión desde la neonatología, en: GOBERNA-TRICAS/BOLADERAS (Coords.), Violencia obstétrica, 2018, 146.

⁷ V. https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/134590/WHO_RHR_14.23_spa.pdf. Y en https://www.elpartoesnuestro.es/sites/default/files/recursos/documents/who_rhr_14.23_spa.pdf. (fecha de consulta 22/8/2023).

*foque basado en los derechos humanos del maltrato y la violencia contra la mujer en los servicios de salud reproductiva, con especial hincapié en la atención al parto y la violencia obstétrica*⁸. En este informe, además, se da una definición de la violencia obstétrica: es la violencia sufrida por las mujeres durante la atención al parto en los centros de salud; en la Resolución del Consejo de Europa 2306(2019) Violencia obstétrica y ginecológica⁹, y, por último, la ya citada Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de junio de 2021, sobre la situación de la salud y los derechos sexuales y reproductivos en la Unión, en el marco de la salud de las mujeres (2020/2215 (INI), para hacer referencia a la *violencia que sufren las mujeres durante el parto y postparto*.

II. LA VIOLENCIA REPRODUCTIVA EN EL DERECHO INTERNO

El concepto y manifestaciones de violencia de reproductiva, y de la violencia obstétrica, plasmados en los documentos internacionales antes referidos (algunos de *ius cogens*, otros meramente declarativos) se trasladan al Derecho interno. Aquí se va a mencionar solo la legislación estatal. Pero es preciso señalar que las CC.AA. también cuentan con su propia legislación en materia de violencia de género.

La protección de la salud (sexual y) reproductiva/prevención de la violencia que afecta a los derechos relacionados con la salud (sexual y) reproductiva es el objeto de la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo, modificada por la LO 1/2023, de 28 de febrero; en esta última LO se da una nueva definición a la salud (sexual y) reproductiva y se define por primera vez la violencia reproductiva, enumerando las manifestaciones de esta clase de violencia y, sin usar esta terminología, también se hace mención a la violencia obstétrica.

III. CONCEPTO DE VIOLENCIA REPRODUCTIVA: LA RESPUESTA PENAL FRENTE A LAS CONDUCTAS QUE SE ENMARCAN EN LA VIOLENCIA REPRODUCTIVA

En la LO 1/2023 se definen los derechos a la salud (sexual y) reproductiva, tomando en consideración los documentos elaborados por Naciones Unidas.

⁸ V. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N19/213/30/PDF/N1921330.pdf?OpenElement>.

⁹ V. <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=28236>.

La salud reproductiva (art. 2.3) es el estado general de bienestar físico, mental y social, y no la mera ausencia de enfermedad o dolencia, en todos los aspectos relacionados con la reproducción.

La violencia reproductiva, que vulnera derechos fundamentales como la libertad, la intimidad, la salud y autonomía personal [mencionados como principios rectores en el art. 3.1 a) LO 1/2023], así como la integridad física y moral y, en última instancia, la dignidad personal¹⁰, es definida a continuación. En concreto, es violencia contra las mujeres en el ámbito reproductivo (art. 2.7), si bien lo más correcto hubiera sido violencia contra las mujeres y personas con capacidad gestante¹¹, todo acto basado en la discriminación por motivos de género que atente contra la integridad o la libre elección de las mujeres en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, su libre decisión sobre la maternidad, su espaciamiento y oportunidad.

Y como formas de violencia en el ámbito reproductivo se definen las 3 siguientes:

- la esterilización forzosa: es la práctica de una intervención quirúrgica que tenga por objeto o por resultado poner fin a la capacidad de una mujer de reproducirse de modo natural sin su consentimiento previo e informado o sin su entendimiento del procedimiento;

- la anticoncepción forzosa: es la intervención médica por cualquier vía, también medicamentosa, que tenga análogas consecuencias a la esterilización forzosa,

¹⁰ De manera particular, así sucede en la violencia obstétrica. V., entre otros muchos, CORRAL-MANZANO, ¿Es necesario tipificar la violencia obstétrica?, en: GOBERNA-TRICAS/BOLADERAS (Coords.), *Violencia obstétrica*, 2018, 94; MARTÍNEZ-MOLLÁ/SILES-GONZÁLEZ/SOLANO RUIZ, *MUSAS* 4, número 2 (2019), 56; ANGUITA RÍOS, *Protección del cuerpo de la mujer y discriminación sistemática: la violencia obstétrica*, en: TOMÁS MARTÍNEZ/VIDU AFLOAREI (Coords.), *Mujer como motor de innovación jurídica y social*, 2021, 86 s.

¹¹ En lo que sigue, para simplificar la redacción, se hará referencia a la violencia reproductiva, y obstétrica, contra la mujer, pero la explicación ha de ir referida también a las personas con capacidad gestante. En la respuesta penal frente a la violencia reproductiva y la violencia obstétrica no se planteará el problema sobre interpretación de quien puede ser sujeto pasivo en aquellos delitos que están tipificados de manera neutra, por ejemplo, en la esterilización forzada-no consentida. Pero sí se planteará el problema interpretativo en el delito de aborto, porque aquí sí se alude a la mujer como sujeto pasivo, con las consecuencias que ello se deriva tomando en consideración el principio de legalidad. En la explicación de la violencia reproductiva y violencia obstétrica hacen referencia a las personas con capacidad gestante, para referirse a los derechos reproductivos/violencia reproductiva de hombres trans y personas con identidades no binarias, entre otros, MÉNDEZ ARISTIZÁBAL, en: LEMA AÑÓN (Ed.), *Determinantes sociales de la salud*, 2021, 386; GALLARDO DUARTE/DE LA PAZ ECHETTO, *Revista de la Facultad de Derecho. Univ. de la República, Uruguay*, n.º extra 54 (2022), 3; VIVAS, *In_Mujeres: monografías feministas 1* (2022), 72. La misma referencia a la violencia reproductiva y obstétrica sobre mujeres y personas con capacidad gestante se encuentra en la Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de junio de 2021, sobre la situación de la salud y los derechos sexuales y reproductivos en la Unión, en el marco de la salud de las mujeres.

– el aborto forzoso: es la práctica de un aborto a una mujer sin su consentimiento previo e informado, a excepción de los casos a los que se refiere el art. 9.2 b) Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Aunque no aparece en la definición de las manifestaciones de la violencia reproductiva, en el Preámbulo LO 1/2023 sí se califica como violencia reproductiva la gestación por subrogación (no sucede así en la regulación positiva, artículos 32 y 33).

Esta enumeración de formas de violencia reproductiva es meramente ejemplificativa, aludiendo a las formas más graves de ataque a los derechos reproductivos de las mujeres; se recurrirá a la definición de violencia reproductiva para abarcar otras manifestaciones o formas de violencia que afecten a los derechos reproductivos. Por ejemplo, los supuestos de obstaculización o impedimento de acceso a métodos anticonceptivos¹². O el embarazo forzado, por citar otro ejemplo.

Las formas más graves de violencia reproductiva, la esterilización forzada y el aborto forzado, que, atendiendo a su definición, abarcan todos los supuestos de esterilización y aborto no consentidos, y que, sin enmarcarlas bajo el término de violencia reproductiva, también aparecen mencionadas en el Convenio de Estambul, tienen una clara respuesta penal a través del delito de lesiones, en el primer caso, artículo 149 CP, y el delito de aborto, en el segundo caso, artículo 144 CP.

Cabe plantearse la duda de si se puede aplicar o no el delito de lesiones del artículo 149 CP para castigar la anticoncepción forzosa. Si se toma en consideración su propia definición, provoca un resultado que es análogo a la esterilización forzosa, la respuesta es negativa, pues análogo significa parecido, pero no exactamente igual, así que, en virtud del principio de legalidad, habría que concluir que en el artículo 149 CP solo se puede subsumir la esterilización en sentido estricto. Al tratarse de una intervención médica no consentida, y por cualquier vía, también la medicamentosa, su análisis se realizará, primero, tomando en consideración los medios utilizados (coacción, intimidación, engaño, por ejemplo); segundo, qué efecto o consecuencia tiene esa intervención en el organismo de la mujer, más allá de provocar el efecto de la infertilidad (de ahí la analogía con la esterilización) y, tercero, tomando

¹² V., por ejemplo, CENA/PASQUALE/VILLARREAL, *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política* 38 (2022), 249-273, en especial 251 ss., 255-261.

en cuenta este efecto, de qué manera se ha de valorar jurídico-penalmente el tratamiento médico realizado sin consentimiento, con la cuestión previa que habrá de valorarse también de si esta intervención médica se enmarca o no en el tratamiento médico-quirúrgico curativo.

Hay otras conductas que son formas de violencia reproductiva (y obstétrica, que se analizarán en el siguiente apartado) que no son nombradas de manera específica. El embarazo forzado, solo si es el resultado de procedimientos de reproducción asistida no consentidos, tiene encaje en el artículo 161 CP. Para otros supuestos de embarazo forzado habrá que entrar a valorar si hay o no una posible respuesta penal, por ejemplo, si es el resultado de un acto delictivo, porque es el producto de una agresión sexual-violación (art. 179 o 181.4 CP), o porque se recurre a medios comisivos para obligar a la mujer a seguir con la gestación, a través de coacciones o amenazas, por ejemplo. O cabe también la posibilidad de recurrir al delito de detenciones ilegales, para el caso de que se llegue a privar de libertad ambulatoria a la mujer.

El impedimento del aborto en los supuestos legalmente establecidos, cabe el recurso al artículo 172 quater CP, si se trata de conductas de acoso en clínicas abortivas, y/o si se traduce en el uso de la violencia o la intimidación, a delitos de coacciones y amenazas, artículos 169 a 172 CP. La misma respuesta es aplicable (arts. 169 a 172 CP) para el impedimento de acceso a los métodos anti-conceptivos, a métodos de prevención de infecciones de transmisión sexual y del VIH y a métodos de reproducción asistida. Quedan fuera de la respuesta penal las conductas consistentes en dificultar el acceso a estos métodos.

Cuando el impedimento del aborto, el impedimento de acceso a métodos anticonceptivos, en particular los de urgencia, a métodos de prevención de ciertas enfermedades, procede del personal sanitario, cabe barajar también la posible aplicación del delito de denegación de asistencia sanitaria del artículo 196 CP, para el caso de que aquellas conductas se puedan subsumir en este delito omisivo.

IV. LA VIOLENCIA OBSTÉTRICA, UNA FORMA DE VIOLENCIA REPRODUCTIVA, ¿ES NECESARIA LA TIPIFICACIÓN PENAL ESPECÍFICA?

En varios textos mencionados en el apartado 1 se alude a la violencia obstétrica. Este término, utilizado en sentido estricto, haría referencia a la vio-

lencia que se practica por el personal sanitario¹³ en el periodo del parto, parto y postparto¹⁴.

En el artículo 2 LO 1/2023 no se define la violencia obstétrica; en su lugar se definen las intervenciones ginecológicas y obstétricas adecuadas, que, leído en sentido inverso, serviría para identificar alguna de las manifestaciones de esta violencia: son aquellas que promueven y protegen la salud física y psíquica de las mujeres en el marco de la atención a la salud sexual y reproductiva, en particular, evitando las intervenciones innecesarias (art. 2.5 LO 1/2023). El concepto de violencia obstétrica, abarcando todas sus manifestaciones, se puede extraer del art. 27 (de su lectura en negativo): se alude, entre otros principios, a la obligación de requerir el consentimiento libre, previo e informado de las mujeres en todos los tratamientos invasivos durante la atención al parto, respetando su autonomía y su capacidad para tomar decisiones informadas sobre su salud reproductiva; disminución del intervencionismo, evitando prácticas innecesarias e inadecuadas que no estén avaladas por la evidencia científica y reforzar las prácticas relativas al parto respetado y al consentimiento informado; proporcionar un trato respetuoso y una información clara y suficiente.

En la Declaración de la OMS, de 2015, sobre la prevención y erradicación de la falta de respeto y el maltrato durante la atención del parto en centros de salud, antes mencionada, se hace una enumeración de conductas que son calificables de violencia obstétrica: el maltrato físico, el maltrato verbal, la humillación, los procedimientos médicos no consentidos, no obtener el consentimiento informado o el consentimiento informado completo, falta de confidencialidad, negativa a administrar medicamentos para el dolor, el descuido de la atención, violaciones graves de la intimidad y violación de la privacidad,

¹³ Así se abarca la violencia procedente de enfermeros, auxiliares, celadores, camilleros, estudiantes que asisten al parto, comadronas, obstetras, etc. V. PAYÁ SÁNCHEZ/MARTÍN BADÍA, *Violencia obstétrica: la lacra detrás del parto feliz*, en: GOBERNA-TRICAS/BOLADERAS (Coords.), *Violencia obstétrica*, 2018, 77. BOTET, en: GOBERNA-TRICAS/BOLADERAS (Coords.), *Violencia obstétrica*, 2018, 146, advierte que esta violencia puede proceder también de la propia institución, por ejemplo, porque no dispone de las instalaciones adecuadas para la atención adecuada a la mujer, o tiene protocolos de actuación inadecuados. Sobre la violencia obstétrica como manifestación de la violencia institucional, v., entre otros, LÁZARE BOIX, *Pensar la violencia obstétrica desde la antropología: aportaciones, propuestas y herramientas*, en: GOBERNA-TRICAS/BOLADERAS (Coords.), *Violencia obstétrica*, 2018, 153; CORRAL-MANZANO, MUSAS 4, número 2 (2019), 104; ANGUITA RÍOS, en: TOMÁS MARTÍNEZ/VIDU AFLOAREI (Coords.), *Mujer motor de innovación*, 2021, 81; MÉNDEZ ARISTIZÁBAL, en: LEMA AÑÓN (Ed.), *Determinantes sociales de la salud*, 2021, 393.

¹⁴ V., en este sentido, MONTIEL, en: KUDLICH/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA GIMENO (Eds.), *Derecho penal médico*, 2017, 58 ss., 70. También en el Informe de la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, ya mencionado, se da un concepto algo más restrictivo de violencia obstétrica: es la violencia sufrida por las mujeres durante la atención al parto. Recurren a un concepto amplio DÍAZ GARCÍA/FERNÁNDEZ MONSALVE, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 51, núm. 2 (2018), 126.

el rechazo de admisión en los centros de salud, las negligencias durante el parto, la retención de las mujeres.

Entre los procedimientos médicos invasivos y, en general, procedimientos médicos no consentidos, incumpliendo alguno o todos los requisitos del consentimiento informado establecidos en la Ley 41/2002 se citan las episiotomías, las cesáreas programadas e innecesarias, partos inducidos, administración de enemas y sedantes, la maniobra de Hamilton, la maniobra de Kristeller, uso abusivo de oxitócico, toques vaginales¹⁵.

En algunos países latinoamericanos, como Argentina, Venezuela, varios Estados de México, entre otros, se cuenta con una definición de la violencia obstétrica¹⁶, y, en alguno de ellos, se ha dado el paso de la tipificación penal de la violencia obstétrica, como es Venezuela o varios Estados de México¹⁷.

En España, hasta ahora, no se ha tipificado penalmente la violencia obstétrica¹⁸. Y es que no debe olvidarse que la intervención del DP ha de hacerse siempre y cuando se respeten los principios limitadores y orientadores del *ius*

¹⁵ V., sobre conductas que son calificables de violencia obstétrica, y de manera específica, sobre procedimientos médicos no consentidos, además de todas las contribuciones que aparecen en GOBERNA-TRICAS/BOLADERAS (Coords.), *Violencia obstétrica*, 2018, *passim*, entre otros muchos, BELLÓN SÁNCHEZ, *Dilemata* 18 (2015), 94; FERNÁNDEZ GUILLÉN, *Dilemata* 18 (2015), 117, 121 ss.; DÍAZ GARCÍA/FERNÁNDEZ MONSALVE, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 51, núm. 2 (2018), 127 s.; CORRAL-MANZANO, *MUSAS* 4, número 2 (2019), 104; GOBERNA-TRICAS, *MUSAS* 4, número 2 (2019), 31; ANGUIA RÍOS, en: TOMÁS MARTÍNEZ/VIDU AFLOAREI (Coords.), *Mujer motor de innovación*, 2021, 79 s.; GARCÍA FERNÁNDEZ, en: FERNÁNDEZ TERUELO/FONSECA FORTES-FURTADO (Dirs.), *Violencia de género*, 2021, 66; MÉNDEZ ARISTIZÁBAL, en: LEMA AÑÓN (Ed.), *Determinantes sociales de la salud*, 2021, 385, 389 ss.; GALLARDO DUARTE/DE LA PAZ ECHETTO, *Revista de la Facultad de Derecho. Univ. de la República, Uruguay*, n.º extra 54 (2022), 8 ss., 10 ss., 14, 16 ss.; VIVAS, *In_Mujeres: monografías feministas* 1 (2022), 68. También en el Observatorio de violencia obstétrica se hace la enumeración de conductas que son calificables de violencia obstétrica. V. <https://observatorioviolenciaobstetrica.es/podemos-los-profesionales-sanitarios-negar-la-existencia-de-la-violencia-obstetrica/> (fecha de consulta 23/8/2023).

¹⁶ V., más ampliamente, entre otros, BELLI, *Revista Redbioética UNESCO*, Año 4, 1(7) (2013), 28 y n. 5; GOBERNA-TRICAS, Prólogo, en: GOBERNA-TRICAS/BOLADERAS (Coords.), *Violencia obstétrica*, 2018, 11, 13; *MUSAS* 4, número 2 (2019), 31 s.; GOBERNA-TRICAS/BOLADERAS, *Análisis del concepto de violencia obstétrica desde las perspectivas legal, médica, filosófica, sociopolítica y pedagógica*, en: GOBERNA-TRICAS/BOLADERAS (Coords.), *Violencia obstétrica*, 2018, 39 ss.; DÍAZ GARCÍA/FERNÁNDEZ MONSALVE, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 51, número 2 (2018), 129 ss., 131 ss., 134 ss.; MARTÍNEZ-MOLLÁ/SILES GONZÁLEZ/SOLANO RUIZ, *MUSAS* 4, número 2 (2019), 56. También en la legislación sobre violencia de género en Uruguay se define la violencia obstétrica. V., entre otros, GALLARDO DUARTE/DE LA PAZ ECHETTO, *Revista de la Facultad de Derecho. Univ. de la República, Uruguay*, n.º extra 54 (2022), 14.

¹⁷ Sobre la tipificación penal de la violencia obstétrica en Venezuela, v., entre otros, MONTIEL, en: KUDLICH/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA GIMENO (Eds.), *Derecho penal médico*, 2017, 65 ss.; y CORRAL-MANZANO, en: GOBERNA-TRICAS/BOLADERAS (Coords.), *Violencia obstétrica*, 2018, 99 ss.; *MUSAS* 4, número 2 (2019), 105 ss., 108, 115, en el caso de los Estados de México.

¹⁸ Reclama la tipificación penal IGLESIAS GONZÁLEZ, *REPPS* 11 (2022), 6, 12. Parece que se decanta por la tipificación penal, GARCÍA FERNÁNDEZ, en: FERNÁNDEZ TERUELO/FONSECA FORTES-FURTADO (Dirs.), *Violencia de género*, 2021, 68. Propone la tipificación penal, pero solo para los casos más graves, a saber, aquellas conductas que sí suponen intervenciones sobre el cuerpo de la mujer sin su consentimiento.

puniendi, comenzando por el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, y siguiendo luego con los principios de subsidiariedad, intervención mínima y *ultima ratio*, entre otros. Tomando como referencia estos y otros principios que limitan la potestad punitiva del Estado, es más que probable que, para determinadas manifestaciones de la violencia obstétrica, resulte excesivo, por innecesario, el recurso a esta rama del Derecho. Por ejemplo, en el art. 27 LO 1/2023 se propone como principio garantizar la no separación innecesaria del recién nacido y su madre; este hecho, calificable de violencia obstétrica, no justificaría el recurso al DP para su prevención. Lo mismo sucedería, por citar otro ejemplo, para la conducta de violencia obstétrica consistente en adoptar determinadas posturas durante el parto.

Pero el que no haya tipificación específica de la violencia obstétrica no significa que el DP no tenga respuesta para algunas de las conductas que son subsumibles en esta clase de violencia contra las mujeres y las personas con capacidad gestante.

Se puede buscar la respuesta penal a través de delitos que protegen bienes jurídicos como la vida, integridad física y salud, la libertad, la integridad moral, la intimidad, e, incluso, la integridad física y salud y vida del feto/recién nacido.

Dejando al margen la respuesta penal para las negligencias médicas, que repercuten en la integridad y salud e, incluso, vida de la mujer, y/o del feto-recién nacido, por ejemplo, ante la humillación y faltas de respeto, si son calificables de graves, se puede recurrir al delito de trato degradante del art. 173.1 CP¹⁹. O al delito de injurias, artículo 208 CP, si son insultos que suponen falta de respeto que afecta al honor y a la consideración debida. Para humillaciones y vejaciones de carácter leve, hasta el año 2015 se podía recurrir a la falta de vejaciones injustas; a partir de 2015, con la eliminación del Libro III CP, ya no se ha tipificado la vejación injusta de carácter leve, ahora como delito leve, con la excepción de la cometida en el ámbito de la violencia de género y la violencia doméstica (art. 173.4, primer párrafo, CP). Desde el año 2022, con la entrada en vigor de la LO 10/2022, de 6 de septiembre (la conocida como ley del sí es sí), cabe el recurso al delito de acoso con connotación sexual del artículo 173.4 segundo párrafo CP para el castigo penal de vejaciones injustas de carácter leve que consistan en expresiones, comportamientos o proposiciones de carácter sexual.

to, MONTIEL, en: KUDLICH/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA GIMENO (Eds.), Derecho penal médico, 2017, 70 ss., con propuesta de redacción del delito (p. 75).

¹⁹ Podría ser trato degradante privar a la mujer de comida y bebida y atarla de pies y manos a la camilla.

También se puede encontrar respuesta penal para ataques a la libertad de la mujer cuando se recurra a la violencia o a la intimidación, a través de los delitos de coacciones y amenazas²⁰. O al delito de detenciones ilegales, para el caso de retención de la mujer como medio coercitivo para que pague la atención sanitaria recibida. Incluso se puede recurrir al delito de omisión del deber de socorro, artículo 195 CP²¹, o, más específicamente, al delito de denegación de asistencia sanitaria, art. 196 CP, por ejemplo, para dar respuesta a conductas omisivas como la del personal de salud que rehusa atender oportuna y eficazmente las emergencias obstétricas, para el caso, claro está, que se cumplan los requisitos de este delito omisivo.

Se puede recurrir también a delitos que protegen la libertad sexual para el caso de que la mujer sea víctima de violencia sexual. Por ejemplo, entre las conductas de violencia obstétrica se mencionan los toques vaginales sin autorización y explicación previa, que pueden ser subsumibles en el delito de agresión sexual, artículo 178 CP o, inclusive, violación, artículo 179 CP.

Por último, quedan los supuestos de violencia obstétrica que suponen una vulneración del derecho al consentimiento informado, que pueden o no ser invasivas, es decir, afectar o no a la integridad física y salud de la mujer.

Las prácticas médicas realizadas sin el consentimiento de la mujer, o sin el consentimiento informado plenamente, nos enfrentan al problema del tratamiento jurídico-penal de las intervenciones médico-quirúrgicas realizadas sin el consentimiento informado en el ámbito médico²². La respuesta está condicionada por el análisis de varias premisas: por un lado, en qué consiste esta intervención médica, si implica o no una intervención invasiva en el cuerpo de la persona (afectan o no a la integridad corporal), y la definición del objeto de protección en los delitos de lesiones, si es doble, la integridad física y la salud, o es un único bien jurídico, la salud. Por otro lado, la forma de definir la *lex artis* en la actuación médica, si forma parte o no de esta definición el consentimiento informado. Y, por otro lado, tomando en consideración los aspectos anteriores, para los casos en los que sí se produce la invasión corporal, como es en la violencia obstétrica la episiotomía, o la cesárea, el tratamiento penal

²⁰ Como que el médico presione a la mujer para que consienta una episiotomía o una cesárea. V. MONTIEL, en: KUDLICH/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA GIMENO (Eds.), Derecho penal médico, 2017, 67 s.

²¹ MONTIEL, en: KUDLICH/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA GIMENO (Eds.), Derecho penal médico, 2017, 68.

²² La vulneración de derechos reconocidos en la Ley 41/2002 tiene consecuencias que se pueden dirimir en el ámbito civil y administrativo.

de las intervenciones médico-quirúrgicas curativas y no curativas, con resultados positivos y negativos, concurriendo o no el consentimiento informado²³.

A lo acabado de señalar hay que introducir varias aclaraciones previas: el parto no es una enfermedad que haya de ser curada; en el parto no se busca una cura o tratamiento²⁴. En el parto se puede establecer la diferencia entre intervenciones médicas necesarias y no necesarias, en el primer caso porque se presentan complicaciones que implican peligro para la salud y/o vida de la mujer y/o del bebé. Y, adicionalmente, sobre el consentimiento informado, debe tenerse en cuenta la aclaración realizada por el TS²⁵: no hay que pedir consentimiento informado para dar a luz porque se trata de un proceso fisiológico natural, ajeno a la voluntad de la persona. Pero sí es necesario para intervenciones médicas que interfieren este proceso²⁶. Todo esto sin contar, y aquí no se va a tratar esta cuestión, que en el parto también entra en juego la atención a derechos del feto o recién nacido, dependiendo del momento en el que se produce la violencia obstétrica, y resuelta la cuestión de cuándo se está ya ante la vida humana independiente –el otro–.

En intervenciones médicas invasivas, sin consentimiento informado de la mujer, indiscutiblemente cuando se trata de intervenciones innecesarias, suponen menoscabo o daño en la integridad física, e, inclusive, en la salud, por tanto, procede el recurso a los delitos de lesiones. La misma respuesta sirve para la intervención médica invasiva necesaria, pues también para estos supuestos es necesario que concurra el consentimiento informado, con las excepciones que establece la Ley 41/2002²⁷.

²³ V., por todos, DE VICENTE REMESAL, RECPC 23-19 (2021), *passim*, con amplias referencias doctrinales. Un análisis específico sobre el consentimiento de la mujer en el parto, ZIMMERMANN, ¿Punibilidad por asistencia terapéutica en el parto? Protección y límites del derecho de autodeterminación de la embarazada durante el parto, en: KUDLICH/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA GIMENO (Eds.), Derecho penal médico, 2017, 82-106.

²⁴ Así lo advierte MONTIEL, en: KUDLICH/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA GIMENO (Eds.), Derecho penal médico, 2017, 57.

²⁵ STS Sala Contencioso-Administrativo 2 de julio 2010 (ECLI: ES: TS:2010:4119), citada por ANGUITA RÍOS, en: TOMÁS MARTÍNEZ/VIDU AFLOAREI (Coords.), Mujer motor de innovación, 2021, 87.

²⁶ Dadas las limitaciones de este comentario, no se entra aquí a valorar si esta afirmación del TS es o no correcta completamente. V. las matizaciones que señala ZIMMERMANN, en: KUDLICH/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA GIMENO (Eds.), Derecho penal médico, 2017, 83, 86 ss., reconociendo, sí, que el parto es un proceso natural, pero que, desde el punto de vista de la tipicidad penal, causa lesiones o dolor a la mujer, es decir, lesiones, así que el médico que, pudiendo hacerlo, no evita la producción de este resultado, puede incurrir en responsabilidad penal por omisión. Hay que recordar que, en la definición de violencia obstétrica, también se ha hecho referencia, por ejemplo, a la negativa a administrar medicamentos para el dolor, o suturas sin anestesia.

²⁷ V., con detalle, ZIMMERMANN, en: KUDLICH/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA GIMENO (Eds.), Derecho penal médico, 2017, 90 ss., 95 ss., 105.

Probablemente se alcanzará otra conclusión, en el caso de intervenciones necesarias, si se niega la responsabilidad penal por delito de lesiones en el caso de intervenciones médico-quirúrgicas curativas con resultado positivo, por falta de tipicidad (tipo objetivo y/o tipo subjetivo) o, en todo caso, por falta de antijuridicidad (ejercicio legítimo de la profesión). Pero el sector doctrinal que llega a esta conclusión sí reclama la tipificación penal del tratamiento médico arbitrario, por falta de consentimiento informado, que, de incorporarse al CP porque efectivamente no procede aplicar los delitos de lesiones, serviría para sancionar penalmente los supuestos de actuación médica no consentida relacionados con la violencia obstétrica.

Como se ha indicado, en algunos países latinoamericanos se ha optado por la tipificación penal del delito de violencia obstétrica (prescindiendo de la forma en que se ha descrito este delito, y de las conductas que son abarcadas en él), al margen de la respuesta penal ya existente frente al ataque a los bienes jurídicos «tradicionales». Esta experiencia nos puede servir para afirmar, al menos en este momento histórico, y en nuestra realidad social: no es necesario el recurso al DP para prevenir toda violencia contra la mujer, sea cual sea su entidad y gravedad. También en este ámbito deben tenerse presentes los principios que orientan y, sobre todo, limitan la potestad punitiva del Estado. Porque, en definitiva, no es el DP el mejor método de prevención de la violencia contra la mujer.

CAPÍTULO LXXXVIII

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO: LOS MODELOS SUDAMERICANOS DE SANCIÓN Y UNA MIRADA PERUANA DE SU PROBLEMÁTICA

JOSÉ URQUIZO OLAECHEA

Catedrático de Derecho penal.

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima (Perú)

I. INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigor de la LO 14/2022, se ha introducido –por vez primera en el sistema jurídico penal español– el delito de enriquecimiento ilícito, figura jurídica que goza de vigencia y aplicación en el Perú desde su introducción por primera vez en el año 1981 en el Código Penal derogado de 1924. Es por esta razón que puede concluirse, al menos de modo preliminar, que su aplicación jurisprudencial y análisis dogmático en el Perú tiene capacidad para contribuir a la mejor lectura de su novísima introducción en el sistema jurídico español. Principalmente, porque este delito ha supuesto, al menos en el ámbito peruano, una serie de cuestionamientos referidos principalmente al bien jurídico protegido y la posible inversión de carga de la prueba; generándose con ello una controversia al interno del debate dogmático y jurisprudencial, ello no solo demuestra la importancia de la aclaración de los elementos del tipo penal en cuestión, sino su verdadera crítica y cuestionamiento.

Rendimos un justo homenaje al Profesor Dr. Javier de Vicente Remesal, por su importante contribución científica al derecho penal de habla hispana.

II. MODELOS SUDAMERICANOS DE REGULACIÓN

En el contexto sudamericano, la regulación del enriquecimiento ilícito ha supuesto modelos distintos que particularmente han dependido de la finalidad criminológica pretendida por los legisladores, del modo en el que han comprendido este delito y de la discusión académica que ha supuesto en ámbitos internos. Los que pueden identificarse son tres, aunque la tercera es algo híbrida que puede explicarse al comprender los dos primeros y que han expresado estilos diferentes de regulación, particularmente en el ordenamiento boliviano. El modelo peruano es marcadamente híbrido y es explicable por cómo se ha desarrollado la discusión doctrinal y jurisprudencial a su interior. Así se tienen: *el modelo de la no justificación de procedencia, el modelo del incremento patrimonial injustificado y el modelo mixto.*

Si bien los dos modelos principales se relacionan externamente, si se considera que en ambos se busca la explicación jurídicamente adecuada del enriquecimiento patrimonial de los funcionarios públicos, no es menos cierto que su configuración conlleva diversos problemas interpretativos, tal como se verá a continuación.

1. Modelo de la no justificación de la procedencia

Este modelo puede identificarse específicamente en el ordenamiento argentino, cuyo art. 268(2) de su Código Penal afirma que: «*será reprimido [...] el que al ser debidamente requerido, no justifique la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos (2) años después de haber cesado en su desempeño*».

Como puede observarse, en esta regulación es absolutamente imprescindible que concurra un requerimiento para que se pueda justificar la procedencia del enriquecimiento. Asimismo, esta regulación ha generado dudas respecto a la conducta sancionada, por un lado Núñez¹ consideraba que la conducta prohibida es doble, tanto el acto positivo de enriquecerse ilícitamente y el acto omisivo o negativo de no justificarlo, mientras que otro sector de la doctrina expresaba que la conducta de fondo que se trata de sancionar es el enriquecimiento ilícito por lo que la no justificación sería una mera condición objetiva de punibilidad² o un

¹ NÚÑEZ, R. Derecho Penal argentino, t. VII, Buenos Aires, 1974, p. 144.

² FONTÁN BALESTRA, C. Tratado de Derecho Penal, Abeledo-Perrot, 1969, p. 323.

requisito de procedibilidad³; pese a estas consideraciones lo cierto es que la doctrina y la aplicación jurisprudencial mayoritaria concluyó que la conducta prohibida es la no justificación del enriquecimiento ilícito en tanto conducta omisiva de no justificar cuando se le requiera hacerlo⁴. Esta última consideración conlleva la conclusión de que este delito se trata de un delito de sospecha, toda vez que su acaecimiento depende de que el agente activo no pueda justificar, dar razones o no probar la adecuación a derecho de un enriquecimiento patrimonial, por lo que se presume que el enriquecimiento tiene origen ilícito.

Así, enriquecerse y no justificar el enriquecimiento condiciona la consumación del delito dado el requerimiento de hacerlo, pues si se considera que la conducta es no justificar el enriquecimiento, entonces habrá que esperar a que el deber de justificar se cumpla, o sea –de acuerdo a la propia regulación– cuando se le requiera al sujeto, es decir, se lo solicite un órgano administrativo o por la judicatura al empezarse alguna investigación por existir sospecha del delito y precluyan los plazos para dar razones de su incremento patrimonial⁵.

Este modelo indica que el delito de enriquecimiento ilícito, es considerado como un delito de infracción de un deber, cuya consumación acaece cuando haya una omisión o no cumplimiento del requerimiento de justificación del enriquecimiento, siendo por ello importante que se venza el plazo establecido. Lo cierto es que este modelo también conlleva una desventaja importante y es que, si nos preguntamos por la razón del necesario requerimiento de justificación, es muy difícil escapar del fantasma de la presunción de responsabilidad penal, pues no hay motivo distinto que pueda justificar que un órgano estatal exija a alguien que justifique su incremento patrimonial; es por esta razón que si se desea relacionar este delito a una infracción de deber, entonces es necesario que haya una deferencia por un deber algo más genérico y no circunstancial, no olvidemos que vía adhesión se plantean exigencias probatorias bajo el membrete de enriquecimiento ilícito.

2. Modelo del incremento patrimonial injustificado

El otro modelo normativo es el que se ha plasmado en ordenamientos jurídicos, entre ellos Chile (art. 241 bis CP), Colombia (art. 412 CP) y Ecuador (art. 279 COIP). En todas estas regulaciones resalta, a diferencia de lo que ocurre

³ MALDONADO, H. Manual de derecho penal, parte especial, Buenos Aires, 1978, p. 560.

⁴ DONNA, E. Delitos contra la administración pública, Rubinzal – Culzoni, 2008, p. 441. En el mismo sentido, aunque ya desde antes: SOLER, S. Derecho penal argentino, Tipográfica Editora Argentina, 1983, p. 206.

⁵ DONNA, E. Delitos contra la Adm. Públ., 2008, ob. cit., pp. 451-452.

en la regulación argentina, que la conducta específica se refiere siempre a la que el funcionario público haya «obtenido un enriquecimiento injustificado». Con esta regulación directamente se hace referencia, ya no a incumplir el deber de justificar ante el requisito estatal o judicial, sino que directamente hay un incremento patrimonial que no se puede justificar de ningún modo. De esta manera, queda fuera de discusión lo referido a si lo importante es justificar o no. En este modelo es intrínsecamente relevante que se aprecie un enriquecimiento no justificado, es cierto que indirectamente el debate puede redirigirnos a que se pueda justificar, pero a efectos de consumación parece bastar con que haya un desbalance patrimonial. La cuestión central en este modelo radica en si se puede establecer otros criterios que ayuden a reducir el ámbito de aplicación, pues, sin tales precisiones el delito pareciera sancionar una mera circunstancia objetiva.

Ello justifica que en este modelo se torne imprescindible añadir elementos objetivos de punibilidad, que determinan cuándo puede acaecer el delito y que no basta solo la mera realización de la conducta típica. Por ejemplo, puede especificarse una referencia a la permanencia del sujeto pasivo en el cargo de funcionario público, tal como lo establece la fórmula colombiana al incluir que este delito solo se sanciona cuando la conducta se haya realizado «durante su vinculación con la administración pública», que expresa de modo indirecto que este delito se realiza en el ejercicio de las funciones y no después ni antes. Otra técnica complementaria es aludir a la lesividad, así legislaciones como la ecuatoriana cuando afirma que el enriquecimiento debe implicar siempre un valor superior a «cuatrocientos salarios básicos unificados del trabajador en general». O que simplemente se recurra a la técnica chilena que añade «incremento patrimonial relevante», donde el adjetivo relevante implica ser un elemento objetivo de punibilidad mediante el que se le da la potestad al juzgador de determinar a partir de cuánto se considera como tal.

La ventaja que tiene este modelo es que su consumación ya no depende de un previo requisito y que por ello la consumación se postergue en el tiempo, ni que el elemento central sea brindar razones sobre el incremento patrimonial, sino que se demuestre un incremento carente de justificación y basta ello, lo cual podría relativizar la posible crítica de inversión de carga de la prueba. Ahora bien, la posible desventaja se halla en que sea necesario el establecimiento de un elemento de punibilidad, que de establecerse sin la mínima reflexión puede llevar a que se incluyan casos no tan claros o genere dudas sobre sus propios elementos.

Finalmente, respecto a este mismo modelo, es interesante referirnos a la regulación paraguaya (art. 3 de la Ley 2.523/04) cuya la técnica es casuística, estableciendo dos conductas distintas: obtener bienes o derechos o cancelar deudas y

extinguir obligaciones que sobrepasen sus «legítimas posibilidades económicas». De este modo, se establece un modelo tasado de conductas enriquecedoras con sus propias circunstancias que pueden seguir siendo consideradas dentro del modelo de incremento patrimonial, pues no son más que casos particulares de este.

3. Modelos mixtos

La existencia de esquemas normativos mixtos se observa en el contexto sudamericano; sin embargo, el estatus de figura híbrida es muy particular, no es que necesariamente se sancione tanto la conducta de no justificar como de enriquecerse, sino que se toma como elemento central la conducta de enriquecimiento, pero se le añade una circunstancia directamente relacionada a la justificación. Así, por ejemplo, se tiene la regulación boliviana (art. 26 de la Ley 004) que sanciona al funcionario público que «hubiere incrementado desproporcionadamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos y que no pueda ser justificado». Del cual se hace estricta referencia a la justificación, pero ya no como la conducta central ni como una conducta alternativa, sino como una circunstancia de punibilidad que debe concurrir. Pero el mismo tipo penal no determina el nivel de justificación que debe tener, porque podría entenderse que basta cualquier tipo de justificación, siendo únicamente importante que el sujeto pueda cumplir con justificarlo. Evidentemente este elemento debe ser interpretado teleológicamente con el bien jurídico a fin de evitar tales circunstancias desproporcionadas.

Otro modelo mixto es el que se ha establecido en el Código Penal peruano en su art. 401 que se sanciona al «*funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos*». Esta regulación expresa el elemento abuso del cargo que, de no estar regulado, no se distinguiría del modelo del incremento patrimonial. Este elemento da una nota distintiva a la regulación peruana. Así, no solamente se requiere que haya un enriquecimiento ilícito, sino que este sea la expresión de la infracción de un deber extrapenal no circunstancial al mismo tiempo que se realiza la conducta. De este modo, ya no basta con que se aprecie un mero incremento ilícito, sino también que sea consecuencia o a la vez que se infringe un deber que fundamenta la intervención penal.

Las ventajas o desventajas de estos modelos dependen directamente de cómo es que se enfrenten las desventajas o aprovechen las ventajas del primer y segundo modelo. En lo que sigue intentaremos evaluar el modelo peruano, para así verificar sus posibilidades de legítima regulación.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El valor del estatus del bien jurídico ha sido relativizado en los últimos años a efectos de considerarlo como un elemento de legitimación de intervención estatal o de creación de tipos penales generándose por ello un escepticismo sobre esta función⁶; sin embargo, parece no haber perdido su vigencia respecto a la conceptualización metodológica⁷, donde la necesidad de identificar la *ratio legis* de los tipos penales resulta ser importante para determinar los límites valorativos que puede tener una u otra conducta. Es esencial identificar el valor que se trata de proteger mediante este tipo penal, solamente así podríamos interpretarlos de modo más restrictivo respecto a los casos particulares que acaezcan y, sobre todo, nos podrá dar mayor claridad sobre los casos que se pueden ver excluidos por considerarse no riesgosos o no dañinos para el bien jurídico. Recuérdese también que, al margen de la discusión o no, si es que el bien jurídico es un concepto que puede servir para la interpretación de tipos penales, se ha asumido esta tesis como correcta bajo el triunfo de la teoría de la imputación objetiva; la misma que ha transformado nuestra concepción del tipo penal, siendo ahora más idóneo ya no tenerlo como uno meramente descriptivo y no valorativo, sino como concepto que necesita de un criterio de valoración intrínsecamente construido a partir de sus propios alcances y ello solo puede obtenerse a partir de una deferencia por el bien jurídico. Dicho de otro modo, dada la naturaleza eminentemente valorativa del bien jurídico, es posible, que los alcances del núcleo de protección permitan ingresar a una zona gris o de penumbra, una línea abierta, con lo cual los límites pueden quedar difuminados. En ese sentido, un medio de regulación, esto es, de restricción del objeto de protección debe surgir de la norma en cuanto en la descripción típica aparecen los rasgos de lo que se considera una conducta antijurídica y de ese modo, una perspectiva normativa cumple la función adicional de delimitar el tipo penal.

En la doctrina peruana, respecto al bien jurídico del delito de enriquecimiento ilícito, se han propuesto diversos modos de conceptualizarlo, así se opina que se pretende proteger –aunque más apropiadamente sería asegurar–

⁶ Recuérdese por ejemplo la consideración de HIRSCH, H. J. Acerca del estado actual de la discusión del concepto de bien jurídico, en: *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*, UNED, 2001, p. 386 al afirmar que el bien jurídico no es apto para limitar el derecho penal.

⁷ Sobre este particular véase ROXIN/GRECO, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., p.24.

la imparcialidad⁸; transparencia y probidad del ejercicio de la función pública⁹; prestigio, funcionalidad, dignidad y confianza de la administración pública¹⁰; el honor y prestigio de la administración pública¹¹; el normal y correcto ejercicio de los cargos y empleos públicos¹²; o el correcto y normal desarrollo de la administración pública¹³.

Lo cierto es que todas las propuestas tienen parte de la razón, pero es necesario ensamblarlos para lograr armonía entre ellos. Al ser un delito especial, es necesario redimensionarlo a efectos de considerar que la correcta funcionalidad de la administración pública es el bien jurídico generalmente protegido¹⁴. Sin embargo, al ser un bien jurídico con múltiples componentes, no es que todos ellos sean afectados por la conducta enriquecedora, sino solamente el *correcto ejercicio de los cargos públicos*, cuya corrección depende de su ejercicio responsable en probidad, transparencia y veracidad, pues estos son valores que particularmente buscan los deberes éticos vinculantes al ejercicio de la función pública y desprendidos de la Carta Constitucional peruana¹⁵. Es de precisar que tales deberes no nacen de alguna expectativa etérea. En el caso peruano, de acuerdo con el principio de legalidad administrativa, la normativa extrapenal plasmada en la ley N.º 27815/Ley del Código de Ética de la Función Pública, cuyo artículo 6 establece principios de la función ética tales como probidad y veracidad; así como el artículo 7 que establece el deber de transparencia y responsabilidad.

Solamente de este modo se puede garantizar una sanción razonable de funcionarios públicos y se pueden identificar dos elementos indispensables: que las conductas conformes a la administración se determinan por los deberes éticos procedentes de la administración pública y que la lesividad objetiva se aprecia cuando ese ejercicio resulta ser dañino del correcto ejercicio de la función pública.

⁸ Así, aunque añadiendo a otros bienes como el patrimonio estatal, ABANTO VÁSQUEZ, M., *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, Lima, 2003, p. 541.

⁹ SALINAS SICCHA, R., *Delitos contra la Administración Pública*, 5.ª ed., Lima, 2019, p. 761.

¹⁰ GÁLVEZ VILLEGAS, T., *Delito de enriquecimiento ilícito*, IDEMSA, 2001, p. 115., parecido VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, R., *Delitos contra la Administración Pública. Parte general y especial: una propuesta de reinterpretación*, Editores del Centro, 2021, p. 434-435.

¹¹ BRAMONT ARIAS, L., *Temas de derecho penal*, San Marcos, 1990, p. 77.

¹² ROJAS VARGAS, F., *Manual operativo de los Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*, Nomos&Thesis, 2017, p. 414, también REÁTEGUI SÁNCHEZ, J., *Delitos contra la administración pública*, Jurista Editores, 2017, p. 1031.

¹³ MONTROYA VIVANCO, I., *Manual sobre delitos contra la Administración Pública*, IDEHPUCP, 2015, p. 121.

¹⁴ Lo considera también como un bien jurídico genérico CARO CORIA, D. C., *Capítulo segundo: Enriquecimiento ilícito*, en: *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir*, Jurista editores, 2002, p. 130.

¹⁵ Art. 39: «todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la nación...».

IV. SUBSIDIARIDAD DEL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN EL DERECHO PENAL PERUANO: LA IMPORTANCIA DEL «ABUSO DEL CARGO»

La regulación del delito de enriquecimiento en el Código Penal peruano vigente ha tenido diversas modificaciones, se cuentan a la fecha un total de seis modificaciones¹⁶, en las que se ha buscado precisar la conducta prohibida y se ha transitado de un vago precepto que sancionaba el «enriquecerse ilícitamente por razón de su cargo» a la sanción por «incrementar ilícitamente el patrimonio abusando del cargo», también se han añadido agravantes en razón del cargo del sujeto activo y positivizándose presunciones probatorias.

No fue hasta el 2004 cuando se modificó la redacción vaga, prefiriéndose el incremento patrimonial como conducta central (teniendo en cuenta el modelo colombiano y no el argentino). Por otro lado, el elemento «abuso del cargo» –que constituye la nota distintiva de la actual regulación respecto a otros del entorno sudamericano–, recién se reguló en el año 2011, en medio de un caótico cambio legislativo que supuso la modificación de este delito en el lapso de 40 días exactos: se añadió el elemento de abuso del cargo y se eliminó el elemento «durante el ejercicio de sus funciones», de este modo se refirió el criterio causal o funcional al criterio ocasional. Ello se debió porque se tenía la duda de si es que el delito en mención podría realizarse cuando el funcionario se hallaba con licencia, en feriados o en una baja de salud, pues se entendía que en estos casos el funcionario no se estaba «durante el ejercicio de sus funciones», de este modo se pasa a un criterio en el que no interesa señalar si es que efectivamente estaba ejerciendo su cargo, sino que con basta que el sujeto tenga el título de funcionario público durante el tiempo en el que se habría realizado el incremento patrimonial ilícito y que por ello le atañen ciertos deberes extrapenales.

La razón de fondo de esta modificación también se halla cuando en el año 2010, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia del Perú propuso al Congreso de la República un proyecto de reforma de los Delitos contra la Administración Pública, ejerciendo su facultad de iniciativa legislativa constitucionalmente reconocida. En este documento reconocían que el delito de enriquecimiento ilícito era supra comprensivo y se estaba sancionando simples incrementos patrimoniales sin conexión alguna con el ejercicio de las funciones por lo que había necesidad de dejar de lado el criterio ocasional («durante

¹⁶ Para un minucioso recuento de estas modificaciones véase URQUIZO OLAECHEA, J., *Compendium Penal*, Gaceta Penal, 2019, pp. 852-854.

el ejercicio del cargo») y asumir un criterio causal o funcional¹⁷. Esta propuesta recién se aceptó el 21 de julio de 2011.

De esta manera, la regulación peruana pasa a tener una autonomía distintiva de las demás regulaciones sudamericanas, pues el tipo penal no sanciona el no justificar del desbalance patrimonial cuando se le requiera (al estilo argentino), ni solamente que el funcionario se enriquezca añadiendo elementos objetivos de punibilidad temporales o de cuantía (al estilo colombiano o chileno), sino que se supedita la conducta de enriquecimiento a que ella se realice por (o a causa de) el abuso del cargo como funcionario público. Recuérdese que el uso de los gerundios implica que el verbo impersonalmente redactado se use como adverbio modal, en este caso como elemento que expresa motivo de la conducta principal. De este modo, se vincula la realización del incremento patrimonial injustificado a que ella se realice con ocasión del no cumplimiento de los deberes éticos funcionariales; reforzándose de este modo el cabal y correcto cumplimiento de la función pública; asimismo, es evidente que esta transgresión de deberes extrapenales solo es exigible cuando el sujeto tiene la condición de funcionario, por lo que tampoco se sancionan incrementos patrimoniales realizados cuando ya no tenga el título de funcionario público, estos casos pueden hallarse dentro de otro tipo de delitos, como el blanqueo de capitales.

Estas características han llevado a que la doctrina y la jurisprudencia peruana¹⁸ acepte rotundamente que el delito de enriquecimiento ilícito solamente se aplica de modo subsidiario. El razonamiento que se halla detrás de esta argumentación es que absolutamente todos los delitos contra la administración pública que implican el aumento patrimonial injusto de los funcionarios son –al mismo tiempo– una especie particular de abuso del cargo, por lo que siempre concurriría un concurso de leyes que se resuelve por subsidiaridad y especialidad, ya que este delito tiene carácter general solo aplicable cuando los especiales elementos de los demás ilícitos penales no concurren o no se puedan demostrar. Así, por ejemplo, cuando no se cumplen todos los elementos del delito de peculado (malversación de caudales públicos) –a excepción del abuso del cargo que supone– o estos son imposibles de probar, entonces es aplicable el delito de enriquecimiento ilícito, pero nunca será posible la apre-

¹⁷ SALA PENAL DE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ, Proyecto de reforma de los delitos contra la administración pública, f. 7, p. 6. De modo muy didácticamente explicado: ABANTO VÁSQUEZ, M., Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública, Grijley, 2014, pp. 964 ss.

¹⁸ Principalmente el ACUERDO PLENARIO 03-2015/CIJ-116 sobre Enriquecimiento ilícito.

ciación en concurso ideal o real de este con otros delitos funcionariales que implican un desbalance favorable ilegítimo.

Este modo de apreciar el enriquecimiento ilícito es absolutamente concordante con la voluntad que tenían los redactores del proyecto de regulación argentina de 1960 (que generó la proliferación de regulación de esta figura en Sudamérica) –como bien lo explica Soler, quien fuere uno de los redactores–, quienes buscaban paliar la dificultad de probanza de otros delitos funcionariales, aunque lo hicieren a costa (y excesivamente) de presumir la ilicitud del enriquecimiento patrimonial¹⁹. De hecho, se considera que este sería un cuarto pilar de ataque a la corrupción²⁰, aunque por su naturaleza podemos decir que está íntimamente relacionado al blanqueo de capitales, el mismo que implica, en el fondo, la criminalización de actos posteriores procedentes de un delito, en este caso la procedencia siempre será de un abuso de la función pública que genere enriquecimiento no justificado, a modo muy particularmente distinto.

Cierto sector de la doctrina peruana ha afirmado que esta interpretación resulta ineficaz y hace que el delito resulte inaplicable, por lo que resultaría necesario darle una autonomía sustantiva²¹; sin embargo, este modo de ver el delito soslaya la gran conveniencia que tiene este delito como instrumento de prevención, sanción y ejercicio de la potestad estatal para evitar que sujetos a quienes se les confía la administración pública no se beneficien económicamente del ejercicio de su cargo, que puede observarse en dos situaciones específicas: primero, cuando hay un evidente incremento patrimonial directamente relacionado al ejercicio abusivo del cargo que al mismo tiempo no constituye ningún otro delito y, segundo, cuando los elementos de otro delito resultan de difícil o imposible probanza, pero hay indicios de ejercicio abusivo del cargo que han generado incremento patrimonial ilícito. Por estas razones, puede decirse que el tipo penal peruano de enriquecimiento ilícito realmente implica un daño al correcto ejercicio del cargo donde el comportamiento con falta de los deberes de probidad, transparencia y veracidad generan desbalance patrimonial no justificado.

Lo anterior puede quedar mucho más explícito si –tomando como ejemplo lo propuesto por Welzel respecto a los regalos navideños y el cartero en el que argumentaba que no podría sancionarse estos hechos como un delito de cohecho– consideramos que aquel cartero funcionario público realiza actos

¹⁹ Así SOLER, S. Derecho penal..., 1983, pp. 204-205.

²⁰ En este sentido BLANCO CORDERO, I., El delito de enriquecimiento ilícito desde la perspectiva europea, en: Revista electrónica de la AIDP, 2013, p. 3.

²¹ GÁLVEZ VILLEGAS, A., Delito de enriquecimiento ilícito, autonomía o subsidiaridad, en: Revista Ius Puniendi, Vol. II, p. 230.

alternos que hace que los administrados se sientan obligados (pero no obligados jurídicamente) a entregar el regalo navideño; en particular si este entrega cartas a destiempo o sin la debida diligencia a quienes se demoran en entregarle el regalo navideño o a quienes le dieron obsequios de muy baja cuantía económica, esto mismo se observa si es que el cartero evita entregar cartas a quienes se niegan a obsequiarle regalos navideños; empero lo relevante no es que se hayan dado estas circunstancias, sino que por causa de ellas se incrementa su patrimonio sin justificación jurídica, por lo que este caso puede hacernos concluir –de acuerdo con la cantidad de personas y el desbalance patrimonial que ello implique– que nos hallamos ante un caso claro de enriquecimiento ilícito a efectos del Código Penal peruano, ya que por sí mismo no implicaría la comisión de otro delito, sino que su desbalance patrimonial tiene origen en el ejercicio abusivo de su cargo.

V. ¿INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA Y PRESUNCIÓN DE CULPABILIDAD?

Dado que el enriquecimiento ilícito sanciona al funcionario público que haya incrementado indebidamente su patrimonio, es de esperar que salten las alarmas de una posible inversión de la carga de la prueba, porque particularmente se requiere que el sujeto pruebe que su enriquecimiento tiene justificación jurídica o razonable, pero que para llegar a ello es precisamente necesario que la parte acusadora (Ministerio Fiscal) presuma que el enriquecimiento es ilícito. Particularmente consideramos que esta idea se ha visto fortificada a partir de la muy influyente monografía (y la vez denuncia) de Marcelo Sancinetti a la regulación argentina, donde se logra ensayar muy fuertes argumentos que ponen en tensión la constitucionalidad de aquella regulación²².

Para evaluar esta hipótesis de inversión de carga de la prueba, sin embargo, es necesario contextualizar la regulación en sus elementos esenciales, pero sobre todo a la legislación peruana. Esto porque, tal como se ha observado, la regulación peruana tiene matices absolutamente distintos del regulado en Argentina, que tiene el principal problema de haber regulado como conducta relevante el *no justificar* habiendo un requerimiento circunstancial, lo cual –a todas luces– ataca directamente a la presunción de inocencia e invierte la carga de la prueba.

²² SANCINETTI, M. A., El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público –artículo 268, 2, C. P.-. Un tipo penal violatorio del Estado de Derecho, AdHoc, Argentina, 2000.

La conducta sancionada por la regulación peruana, por el contrario, consiste en que el funcionario incremente su patrimonio, que en el fondo no es más que la sanción de la posesión ilícitamente incrementada de activos o ilícitamente disminuida de pasivos. Por tal motivo, puede considerarse que estamos ante un delito de posesión, que al mismo tiempo puede considerarse como un delito que sanciona la generación de un estado ilícito, lo cual repercute sobre la conducta sancionada pues por ella solo puede entenderse a aquellas que consisten en que el funcionario público genere tal estado de cosas o que no evite su generación en una ocasión particular. Con ello también ya se pueden dar mayores detalles de lo que particularmente es objeto de prueba.

Así, lo que esencialmente debe buscar la acusación es probar aquel estado de cosas ilícito; es decir, la existencia de una posesión ilícitamente incrementada de activos o ilícitamente disminuida de pasivos; empero, la propia redacción de este delito en el Perú no requiere solamente ello, sino que tal ilicitud se halle relacionada al ejercicio abusivo del cargo, por lo que parecería no ser idónea la referencia a hechos cuya ilicitud no están vinculados al cargo o a su ejercicio. Esta es la razón por la que se identifica una sola línea de requerimiento en la jurisprudencia peruana, pues se exige que los hechos de referencia y prueba de la parte acusadora determine: a) el hecho base (incremento patrimonial) b) hecho presumido (ilicitud) y c) nexo entre cargo público, incremento patrimonial e incongruencia entre activos y pasivos, de este modo se asegura que cualquier desbalance patrimonial no es suficiente para que nos hallemos ante este delito²³ y que la ilicitud del desbalance es un predicado que la parte acusadora señala de posible existencia.

Ahora bien, queda evaluar si es que incluso de este modo estamos ante una inversión de la carga de la prueba. Partimos por recordar que el artículo IV.1 del Código Procesal Peruano establece que el Ministerio Público es el único titular del ejercicio público de la acción penal y tiene el deber de la carga de la prueba, lo cual implica que este tiene la «responsabilidad de acreditar y demostrar de manera fehaciente, a través de la actividad probatoria y, de pruebas de cargo, los extremos de su acusación fiscal»²⁴, la inversión de la carga de la prueba implica que este deber de probanza sea revertido a la parte acusada, lo cual es evidente en el ordenamiento argentino cuando sanciona el *deber de no justificar*, del cual se deduce el deber de probar su justificación. En cambio, el enriquecimiento ilícito peruano tiene a la ilicitud del incremento patrimonial como un hecho presumido a partir de hechos concretos: ejercicio abusivo del

²³ Así: Casación N.º 227-2018-Ventanilla o Casación N.º 953-2017-Lima.

²⁴ Así el Recurso de Nulidad N.º 897-2014-Lima.

cargo y posesión de desbalance patrimonial durante ese tiempo, por lo que el mejor modo de entenderlo es considerar que el Ministerio Público puede deducir que se trata de un hecho ilícito, siendo esta una situación una expresión de la carga dinámica de la prueba²⁵, donde los elementos de descargo le pertenecen a la parte acusada. Porque incluso en el caso más claro de legítima defensa, la acusación presume la ilicitud de la conducta adecuada al tipo penal, quedando a la parte acusada probar si es que este hecho se halla justificado o adecuado a derecho.

La propia lógica del delito de enriquecimiento justifica su regulación, porque el funcionario es el único que puede acreditar la no ilicitud de su enriquecimiento²⁶, sin mediar en ello un deber jurídico. Si es que se quiere ser más precisos, puede decirse que hay una *inversión relativa de carga de la prueba*, que se aprecia luego de que el Ministerio Público pruebe el desbalance patrimonial bajo el indicio de notoria superioridad al que normalmente haya podido tener y que esta se vincule al desenvolvimiento abusivo de su cargo (art. 401 párr. 3), es en ese instante que queda a disposición del acusado ejercer prueba que justifique el desbalance patrimonial²⁷.

Lo que sí no se puede permitir es una acusación sustentada en ningún indicio racional y con la sola apreciación de desbalance patrimonial totalmente desligada del abuso de la función pública y que se busque con ella que la parte acusada justifique sus bienes, en este caso puede decirse que nos hallamos ante un ejercicio contrario a los derechos convencionalmente reconocidos de los ciudadanos y en contra de lo que pretende sancionar el delito de enriquecimiento ilícito.

VI. ALGUNAS OBSERVACIONES A LA NOVÍSIMA REGULACIÓN ESPAÑOLA

La novísima regulación española se halla en el artículo 438 bis, donde se sanciona la autoridad obtenga incremento patrimonial o una cancelación de obligaciones o deudas por un valor superior a 250.000 euros respecto a sus ingresos acreditados, y se negara abiertamente a dar el debido cumplimiento a los requerimientos de los órganos competentes destinados a comprobar su justificación.

²⁵ VÍLCHEZ LIMAY, R. C., El delito de enriquecimiento ilícito: ¿Un hecho punible donde se invierte la carga de la Prueba?, en: Delitos contra la administración pública, Gaceta Jurídica, 2022, p. 609.

²⁶ ASENSIO MELLADO, J. M., El delito de enriquecimiento ilícito, en: El Notario, 31, 2010.

²⁷ Casación N.º 953-2017-Lima

La regulación española es muy parecida a la boliviana, con la excepción de que la justificación no es elemento de punibilidad, sino conducta prohibida, de este modo el incremento patrimonial y la no justificación de procedencia deben acaecer al mismo tiempo. Esto conlleva desventajas, sobre todo porque en este tipo de regulación se establece el deber de que el funcionario justifique la aparente ilicitud del desbalance patrimonial y que al mismo tiempo haya un desbalance patrimonial. Bien es cierto que la regulación española es matizable porque realmente sanciona que el sujeto se *niegue abiertamente* a dar cumplimiento de su deber de justificación, pero evidentemente queda en el aire la pregunta: ¿Por qué me requiere justificar? Sin que la respuesta se separe de la mera sospecha.

Asimismo, habrá que determinar cuándo se entiende «abiertamente negado» el cumplimiento del deber, si es que basta con omitir (no hacer caso) el requerimiento, con no cumplir la obligación habiendo tenido la oportunidad para hacerlo, esperar a que venza el tiempo en el que debía cumplirlo o si es que la apertura de la investigación por enriquecimiento implica también el nacimiento del deber de justificar. Determinarlo influye en la consumación y la probanza, porque parecería que la única forma de contradecir a la parte acusadora es argumentar que en ningún momento el sujeto activo se negó abiertamente a cumplir el deber de justificar o que no tenía nada que justificar. Al mismo tiempo, es posible hacer las mismas objeciones hechas a la regulación argentina en el sentido de que, en el fondo, se busca dar cumplimiento a la obligación requerida circunstancialmente (o sea no nacida en el hecho mismo de ser funcionario público) de justificar el desbalance.

Por otro lado, desde la experiencia peruana, habría que preguntar si el hecho de que la autoridad se enriquezca ilícitamente cuando está de baja médica, fuera de horario de oficina, en feriados o en el paro se entiende como parte del elemento temporal «durante el desempeño de su función o cargo». Por otro lado, también implica un reto determinar las tenciones concursales que podría haber entre este delito y el blanqueo de capitales ya que el enriquecimiento ilícito español sanciona hasta cinco años después de cesado en el cargo siendo suficiente que se le requiera, máxime si es que pensamos en la conducta del *extraneus*, pues imaginemos que la autoridad se enriquece haciendo que terceros ingresen dinero a las arcas de un familiar suyo que no es funcionario, determinar si es que nos hallamos ante una conducta de blanqueo de capitales o una cooperación necesaria de enriquecimiento ilícito es altamente relevante. Otra tensión concursal puede apreciarse respecto al origen de la ilicitud del enriquecimiento, pues habría que ver si es que esta regulación soporta una aplicación subsidiaria al estilo peruano o si siempre se podría hablar de algún tipo de concurso de delitos junto a otro delito contra la administración pública.

CAPÍTULO LXXXIX

LA VIOLENCIA DE HONOR: APROXIMACIÓN JURÍDICA E INSTITUCIONAL EN ESPAÑA

CAROLINA VILLACAMPA ESTIARTE

Catedrática de Derecho Penal. Universitat de Lleida

I. INTRODUCCIÓN

La violencia de honor o por honor o los crímenes de honor son una forma de violencia ejercida con motivo del honor. Consisten en la violencia (de tipo físico, social o psicológico) que se ejerce sobre un individuo, generalmente una mujer (joven), normalmente por parte de sus parientes hombres –en ocasiones también mujeres– porque ha traído vergüenza a la familia o la comunidad debido a la realización de una conducta que comporta deshonor a dicho colectivo¹. Constituyen un conjunto de prácticas utilizadas predominantemente para controlar el comportamiento de las mujeres y las niñas dentro de las familias u otros grupos sociales con el fin de proteger supuestas creencias culturales y religiosas, valores y normas sociales en nombre del «honor»². Se fundamentan en creencias de tipo social, comunitario, religioso o cultural arraigadas relativas a que los miembros de la familia, sobre todo los varones, tienen la función de controlar la sexualidad y salvaguardar la reputación de las

¹ BEGIKHANI/GILL/HAGUE, *Honour-Based violence. Experiences and Counter-Strategies in Iraqi Kurdistan and the UK Kurdish Diaspora*, Ashgate, 2015, pp. 4-5.

² HER MAJESTY'S INSPECTORATE OF CONSTABULARY (HMIC), *The depths of dishonour: hidden voices and shameful crimes*, HMIC, 2015, pp. 28-29.

mujeres de su respectivo grupo, al entender que es en el comportamiento de las mujeres donde radica el honor familiar³. De manera que cuando una mujer transgrede dichas reglas de conducta y, con ese comportamiento, pone en peligro o directamente mancilla el honor familiar, debe castigársela para restaurarlo. La forma de hacerlo es emplear violencia contra ella, que puede alcanzar diversas intensidades. Las formas más graves incluyen atentados contra la vida de las mujeres –homicidios, asesinatos y suicidios por honor–, de los no natos –abortos forzados–, así como atentados contra su integridad física para prevenir conductas deshonorosas –mutilación genital femenina, planchado de pecho– y conductas controladoras con semejante fin –matrimonios forzados–. Las más sutiles, seguramente más prevalentes, se identifican con el comportamiento controlador y abusivo u opresión por honor, consistente en la vigilancia estrecha de adolescentes y mujeres jóvenes, evitando que salgan de casa salvo para lo estrictamente necesario, pudiendo ejercerse violencia doméstica contra ellas cuando quebrantan las reglas de conducta estrictas que se les imponen⁴.

Desde un punto de vista teórico, este tipo de violencia, más analizada teórica y empíricamente en el mundo anglosajón y en países centro y norte europeos –sobre todo Reino Unido, Holanda y Alemania–, se ha abordado desde dos perspectivas contrapuestas: desde la denominada culturalista y como una manifestación de la violencia de género. La aproximación culturalista vincula esta violencia con culturas minoritarias en el mundo occidental, con prácticas culturales bárbaras que colocan a las mujeres de determinadas culturas minoritarias en posición de ser victimizadas por varones que perpetúan los valores de sociedades patriarcales atribuidos a quienes profesan determinadas religiones y que, por ello, necesitan ser civilizadas y controladas al tiempo de que se rescata a sus víctimas⁵. Estas visiones no solo son eurocéntricas, orientalistas y estigmatizadoras de determinadas culturas, sino que además han centrado la atención de la respuesta frente a esta violencia no en las víctimas, sino en la cultura. De focalizar la respuesta en la cultura surge el concepto de delitos culturalmente motivados, cuya gestión en clave punitivista puede dar lugar a la creación de delitos simbólicos y culpabilizadores de determinadas minorías culturales, pero que desde posiciones más respetuosas con la diversidad cultural comporta la propuesta

³ GORAR, Honour based crimes and the law. Defining limits of honour based violence and abuse, Routledge, 2021, pp. 22 ss.; RIGONI, Honour-based violence and forced marriages. Community and restorative practices in Europe, Routledge, 2023, pp. 7 ss.

⁴ GORAR, Honour based crimes and the law, 2021, pp. 60 ss.; RIGONI, Honour-based violence and forced marriages, 2023, pp. 34 ss.

⁵ WIKSTRÖM/GHAZINOUR, Swedish experience of sheltered housing and conflicting theories in use with special regards to honour related violence (HRV), European Journal of Social Work, 13, 2010, pp. 245 ss.

de soluciones jurídicas que tienden a reducir o excluir la responsabilidad penal de personas que cometen este tipo de ofensas sin atender al carácter principalmente atentatorio contra los derechos humanos de los delitos de honor.

Precisamente la voluntad de focalizar la respuesta frente a la violencia de honor como atentado a los derechos de las mujeres explica que el discurso académico mayoritario haya basculado hacia su aproximación como una manifestación de la violencia de género⁶. Desde esta perspectiva se entiende que debe evitarse estigmatizar a las mujeres migrantes que la sufren como si fuesen víctimas indefensas, tildando a sus familias y a sus comunidades de intrínsecamente violentas y opresivas. Se insiste desde estas posiciones, próximas al feminismo postcolonial, en la conveniencia de superar la mera aproximación patriarcal, para adoptar la que parte de la interseccionalidad, que tiene en cuenta otras variables que van más allá del binomio sexo-género, como la clase social o la raza, para explicar todas las formas de violencia contra las mujeres, también la de honor, y la forma en que deben afrontarse institucionalmente. Se indica que las respuestas a esta realidad deben ganar en complejidad, atendiendo a la necesidad de actuar en el ámbito preventivo, además de en el de la protección a las víctimas, evitando recurrir a las políticas de arresto obligatorio, atendiendo a las singularidades culturales reflejadas en ciertas manifestaciones de esta violencia. De ahí que, partiendo de la consideración de esta violencia como una especie de la de género, no se renuncie a incluir al componente cultural en la ecuación. Esto porque se entiende que las especialidades culturales del grupo al que la víctima pertenece deben ser tomadas en consideración no para estigmatizarla a ella o al propio grupo, sino como una forma de *meaning-making process*⁷, atendiendo a esta componente cultural como facilitadora de una comprensión culturalmente sensible y apropiada de esta forma de violencia y de las respuestas para afrontarla.

La aproximación a la violencia de honor como de género explica que los más recientes instrumentos internacionales que la han abordado, que han contribuido a darle visibilidad, hayan sido los orientados a disciplinar cuestiones relacionadas con la violencia contra las mujeres. El organismo supranacional más activo en su reconocimiento y regulación ha sido el Consejo de Europa, sobre todo a partir de la aprobación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la mujer y la violencia doméstica de 2011 (Convenio de Estambul). El mismo adopta una aproximación victimocéntrica a la violencia de

⁶ BEGIKHANI/GILL/HAGUE, Honour-Based violence, 2015, pp. 6 ss.; GILL/ANITHA, Forced marriage: Introducing a Social Justice and Human Rights Perspective, Zed Books, 2010, pp. 50 ss.

⁷ ABJI/KORTEWEG, «Honour»-Based violence and the Politics Culture in Canada: Advancing a Cultural Analysis of Multiscalar Violence, International Journal of Child, Youth and Family Studies, 12, 2021, pp. 74-75.

las mujeres, también la de honor, que pretende no solo la persecución de estas conductas, sino sobre todo su prevención y la protección procesal y extraprocesal de las víctimas. Con todo, en refuerzo de la obligación de incriminar esta violencia contenida en instrumentos *soft law* aprobados por el Consejo durante la primera década del S. XXI –Resoluciones de la Asamblea Parlamentaria 1247 (2001), 1327 (2003), 1681 (2009) y Recomendación 1881 (2009)–, veta la posibilidad de aplicar las defensas culturales que eventualmente puedan introducirse en los derechos penales nacionales a los delitos de honor (arts. 12, pfs. 5, y 42). Va incluso más allá la ulterior Resolución 2395 (2021), que sin renunciar a la aproximación victimocéntrica a este fenómeno, demanda ya directamente incluir el honor como una circunstancia agravante de cualquier tipo de violencia.

Fruto de estas disposiciones y de una clara concienciación sobre la existencia de esta realidad en sus fronteras gracias al análisis académico de algunas sus manifestaciones más graves, países del centro y norte europeos, como el Reino Unido o los Países Bajos, han adoptado un marco jurídico completo para abordarlo. Otros países del área, como Suecia, Dinamarca, Bélgica o Alemania, han abordado institucionalmente la violencia de honor, incluyéndola entre las sus prioridades políticas. No ha sido este el caso de España, en que la atención prestada a este tipo de violencia contra las mujeres es claramente menor. Tanto es así que el GREVIO, en la evaluación que efectuó en 2020 sobre la implementación del Convenio de Estambul en nuestro país, urgió a las autoridades españolas a diseñar y aplicar políticas integrales y holísticas para hacer frente a la violencia contra las mujeres en todas sus formas y manifestaciones, entre ellas, específicamente, los crímenes cometidos con motivo del denominado honor⁸. En vista de lo indicado, veamos a continuación dónde estamos y qué queda por hacer normativamente para afrontar holísticamente esta forma de violencia contra las mujeres en España.

II. APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA VIOLENCIA DE HONOR EN ESPAÑA

1. Respuesta jurídico-penal frente a la violencia de honor

En nuestro ordenamiento jurídico no se ha definido qué se entiende por crímenes de honor ni se han adoptado medidas normativas orientadas a afrontarlos como categoría. Eso no quita que en el Código Penal español (CP) no se

⁸ GREVIO, Baseline Evaluation Report. Spain, Council of Europe, 2020, pp. 22, 27 y 82.

hayan incriminado en los últimos años algunas conductas delictivas que se han considerado manifestaciones concretas de la violencia de honor, configurando lo que podría identificarse con una respuesta preferentemente penal e incompleta a este fenómeno. Tal es el caso de la inclusión en 2003 de la mutilación genital como lesión cualificada en el artículo 149.2 CP o en 2015 del delito de matrimonios forzados en el artículo 172 bis CP, entre los delitos contra la libertad de obrar. Ambos tipos delictivos fueron incluidos siguiendo impulsos claramente orientalistas que no han redundado en una mayor y mejor protección jurídico-penal de sus víctimas.

La mutilación genital fue específicamente incriminada por la Ley Orgánica 11/2003, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, en cuya exposición de motivos se argumenta la necesidad de introducir el precepto para luchar contra determinadas prácticas aberrantes que se vinculan con determinadas culturas. La incorporación de este delito se ha considerado desde la academia como innecesaria, estigmatizadora de determinadas culturas y puramente simbólica⁹, además de desenfocada, porque no se orienta solo a la mutilación genital femenina, sino a la mutilación que afecte a cualquier sujeto pasivo y con independencia de la gravedad de la lesión producida.

Un semejante efecto simbólico, otrizador y culpabilizador de determinadas culturas se ha querido ver también en la incriminación del delito de matrimonio forzado como una forma específica de coacción en el artículo 172 bis CP por obra de la Ley Orgánica 1/2015¹⁰. En este caso, la innecesariedad del tipo se hace todavía más evidente cuando se observa su efecto privilegiante en relación con la posible subsunción de estas conductas en preexistentes delitos, como el de maltrato habitual en el ámbito familiar, lesiones, o delitos contra la libertad sexual, entre otros¹¹.

⁹ Vid., CISNEROS ÁVILA, Cuando la cultura se torna violencia: el Derecho penal ante las mutilaciones genitales femeninas, REEPS, No. 7 especial, 2021, pp. 7 ss.; GARCÍA SEDANO, El delito de mutilación genital femenina, La Ley Penal, 125, 2017, pp. 1 ss.; SANZ MULAS, Delitos culturalmente motivados, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 131 ss.; TORRES FERNÁNDEZ, La mutilación genital femenina: un delito culturalmente condicionado, CEFD, 17, 2008, pp. 1 ss.

¹⁰ Vid., IGAREDA GONZÁLEZ, Matrimonios forzados: ¿otra oportunidad para el derecho penal simbólico?, InDret, No. 1, 2015, pp. 1 ss.; DE LA CUESTA AGUADO, El delito de matrimonio forzado, QUINTERO OLIVARES, (Dir.), Comentario a la Reforma Penal de 2015, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pp. 365 ss.; MAQUEDA ABREU, El hábito de legislar sin ton ni son. Una lectura feminista de la reforma penal de 2015, CPC, 118, 2016, pp. 5 ss.; TORRES ROSELL, Matrimonio forzado: aproximación fenomenológica y análisis de los procesos de incriminación, EPC, 35, 2015, pp. 831 ss.; TRAPERO BARREALES, Matrimonios ilegales y Derecho penal, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 190 ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, Política criminal española en materia de violencia de género. Valoración crítica, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 182 ss.

¹¹ Vid. obras citadas en nota inmediatamente precedente, en el mismo lugar.

Más allá de la previsión específica, más o menos afortunada en términos de adecuación técnica, de estas dos conductas delictivas, no se incluyen especificidades en otras tipologías delictivas incluidas en el CP alusivas a la violencia de honor. Eso no quita que no quepa aplicar a otras manifestaciones de la conducta violenta por esta causa la circunstancia agravante prevista en el artículo 22.4.^a CP cuando el delito se haya cometido por razones de discriminación referentes al sexo, orientación o identidad sexual o relativas al género de la víctima, lo que, por otra parte, no se ha constatado que se haya hecho jurisprudencialmente. Más bien lo contrario, pues cabe la tentación de plantear la atenuación de la responsabilidad penal a los autores de estas conductas con base en la circunstancia atenuante de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante (art. 21.3.^a CP). Esto sobre todo en atención a que la tendencia mayoritaria de la academia española cuando se ha ocupado de los delitos culturalmente motivados ha consistido precisamente en la búsqueda de mecanismos que permitan excluir o atenuar la responsabilidad de aquellos cuyo comportamiento podría caer en el ámbito de la denominada defensa cultural¹². Es decir, doctrinalmente apenas se ha singularizado el tratamiento normativo que debe ofrecerse a la violencia de honor en relación con el propuesto para la delincuencia culturalmente motivada en general. Esto precisamente porque en España la gestión normativa de la violencia de honor se ha abordado más desde la perspectiva culturalista que desde la de la violencia de género o desde una vertiente siquiera mixta¹³.

2. Ausencia de identificación jurídica de la violencia de honor como categoría

a) SUCESIÓN DE NORMAS PROTECTORAS

En atención a la aproximación victimocéntrica que debe adoptarse para afrontar esta forma de violencia, según el Convenio de Estambul, poco más se

¹² CISNEROS ÁVILA, Derecho Penal y diversidad cultural, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 217 ss.; SANZ MULAS, Delitos culturalmente motivados, 2018, pp. 55 ss.; OLAIZOLA NOGALES, La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal, RECPC, 20-03, 2018, pp. 1 ss.; SOPRANO, Delitos culturalmente motivados. La incertidumbre del Derecho penal ante la multiculturalidad, B d F, 2022, pp. 75 ss.

¹³ Con pocas excepciones, entre ellas, algunas de las aportaciones incluidas en la obra colectiva LAURENZO COPELLO/DURÁN MUÑOZ (Coords.), Diversidad cultural, género y derecho, Tirant lo Blanch, 2014, *passim*. En especial, BRANDÁRIZ GARCÍA, Diversidad cultural, género y sistema penal: hacia una reconsideración de los paradigmas dominantes, en LAURENZO COPELLO/DURÁN MUÑOZ (Coords.), pp. 550 ss.; CISNEROS ÁVILA, Una aproximación a las políticas de gestión de la diversidad cultural, en LAURENZO COPELLO/DURÁN MUÑOZ (Coords.), pp. 63 ss.; PORTILLA CONTRERAS, Sobre la compatibilidad entre la universalidad de los derechos humanos y el derecho penal intercultural, en LAURENZO COPELLO/DURÁN MUÑOZ (Coords.), pp. 191 ss.

ha hecho en nuestro país al margen del diseño de la incompleta respuesta penal que se ofrece a algunas de sus manifestaciones. En concreto, en relación con la protección de sus víctimas, aspecto central en esta forma de abordaje, la respuesta que ofrece nuestro ordenamiento jurídico resulta incompleta y asistemática, como se tratará de exponer.

Normativamente, los crímenes de honor no se incluyen como una manifestación específica de la violencia de género en el concepto que de la misma incluye la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Esta norma adoptó un concepto de violencia de género de contenido muy restringido que fue pronto criticado por excesivamente limitado por la doctrina¹⁴ y que la circunscribió a la producida en el ámbito familiar, y ni siquiera a todas sus manifestaciones. Dicha estrechez en el concepto se hizo evidente no solo tras la aprobación del Convenio de Estambul, sino atendiendo a la propia Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de 1993 o a la Recomendación Rec (2002) 5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de protección de las mujeres contra la violencia, que consideraban que la violencia contra la mujer incluía la física, psicológica, sexual o la amenaza de las mismas producida en cualquier contexto, no solo el doméstico, a las que el Convenio de Estambul añadió la violencia económica¹⁵.

Debido a la insuficiencia de la Ley Orgánica 1/2004 para afrontar todas las manifestaciones de la violencia de género, se adoptó el Pacto de Estado contra la violencia de género. Su consecución supuso la aprobación por parte de Congreso y Senado de un paquete de 290 medidas, entre las que se incluían sobre todo las de carácter institucional con las que abordar de manera holística todas las violencias contra las mujeres, junto a medidas normativas que no pasaban por la derogación de la Ley Orgánica 1/2004¹⁶ y que proclamaban la necesidad de aprobar otras normas de protección específica para víctimas de determinadas manifestaciones de la violencia de género. La violencia de honor no entraba en el imaginario del legislador español al diseñar el Pacto de Estado, puesto que ninguna de las medidas que prevé, tampoco las de contenido institucional, se refiere específicamente a ella. La LO 1/2004 fue modificada en cumplimiento de lo dispuesto en el Pacto de Estado ya en 2020 para favorecer la asistencia letra-

¹⁴ vid. LAURENZO COPELLO, La violencia de género en la Ley integral. Valoración político-criminal, RECPC, 07-08, 2005, pp. 1 ss.; MAQUEDA ABREU, La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social, RECPC., 08-02, 2006, pp. 1 ss.

¹⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, Política criminal española en materia de violencia de género, 2018, pp. 82 ss.

¹⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, Política criminal española en materia de violencia de género, 2018, pp. 20-29.

da y la personación de las víctimas en procesos penales por violencia de género, para ampliar los títulos que permiten acreditar la condición de víctima, para hacer compatibles las ayudas económicas previstas con otro tipo de indemnizaciones, así como para garantizar la asistencia psicológica a los menores aunque no consientan ambos progenitores si uno de ellos está incurso en un proceso penal por violencia de género, entre otras medidas. Ha sido nuevamente modificada tras la aprobación de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, para acompasar sus disposiciones a las de esta nueva norma protectora sectorial sobre todo en relación con el reconocimiento de los derechos a la asistencia y reparación a las víctimas. Sin embargo, ninguna de ambas reformas ha incorporado a la Ley Orgánica 1/2004 modificación alguna que se refiera específicamente a la violencia de honor, por lo que la protección de sus víctimas conforme a ella se produce en la medida en que la conducta violenta padecida quepa dentro del estrecho concepto de violencia de género que contempla su artículo 1. Tampoco existe especificidad alguna en la atención a las mujeres inmigrantes según la Ley Orgánica 1/2004, al margen de la indicación contenida en su artículo 18 de que debe garantizarse el derecho a la información también de las mujeres que no entienden el castellano.

Es decir, únicamente las víctimas de violencia de honor que hayan sido victimizadas por sus parejas o exparejas, hayan o no convivido con ellas, gozarán de los derechos reconocidos en el estatuto jurídico de protección reforzado que contempla para las víctimas violencia de género el Título II de la Ley Orgánica 1/2004. Las mujeres que hayan padecido violencia de honor a manos de otros miembros de su familia de origen –padres o hermanos– o de su familia política no gozarán de los derechos que prevé dicho estatuto protector reforzado, que además apenas contempla especificidades para víctimas que puedan tener dificultades de comprensión o acceso a servicios institucionales de protección por razones culturales o idiomáticas. En los demás casos, a salvo de que quepa aplicarles el estatuto protector reforzado de las víctimas de violencias sexuales, estas víctimas gozarán de la protección reconocida a las víctimas de todo delito en la Ley 4/2015, del estatuto de la víctima del delito, además de corresponderles los derechos indemnizatorios contemplados para toda víctima de delito violento en la Ley 35/1995, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. Por tanto, la Ley Orgánica 1/2004 confiere protección solo a determinadas víctimas de violencia de honor.

Algo semejante sucede con la ya mencionada Ley Orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual. Constituye una norma con una estructura muy similar a la de la Ley Orgánica 1/2004 que, persiguiendo establecer un estatuto integral protector de las víctimas de violencias sexuales, contempla

medidas de prevención, protección y asistencia y persecución de estas conductas, además de la formación y capacitación profesional y otras medidas institucionales. Tratándose de una norma más contemporánea que la Ley Orgánica 1/2004, desarrolla mucho más que la misma los derechos de las víctimas integrados en el estatuto protector reforzado que contempla para las que lo han sido de violencias sexuales, en particular los derechos a la asistencia –al que se dedica el Título IV– y a la reparación –al que se dedica el Título VII de la norma-. Sin embargo, en ninguno de estos títulos se atiende a las singularidades de las víctimas que han padecido violencias sexuales relacionadas con la violencia de honor. Más allá de que se garantice el goce de los derechos que la norma contempla a las víctimas en situación administrativa irregular (art. 36) o que se indique la necesidad de hacer accesible la asistencia integral, cuando se precise, mediante servicios de traducción e interpretación (art. 33.1.g), lo mismo que la información (art. 34) entre los servicios de asistencia especializada que contempla el artículo 35, no se hace mención a la especialidad de las víctimas de violencia de honor. El precepto prevé centros de crisis 24 horas y servicios de recuperación integral, además de referirse específicamente a servicios especializados de atención a víctimas de trata y explotación sexual y a menores, sin contemplar tampoco aquí especificidad alguna que permita entrever sensibilidad respecto de las posibles diferencias culturales.

Llama la atención la ausencia de consideración explícita a la violencia de honor en una norma mucho más contemporánea que la Ley Orgánica 1/2004, que parece aprobada precisamente para actualizar el estatuto protector de las víctimas de violencia sexual tomando el testigo de la mencionada norma, y que ha sido adoptada una vez a la violencia de honor se le ha conferido clara visibilidad en el entorno internacional y regional europeo. No solo resulta llamativo su silencio respecto de este fenómeno como categoría, sino que además debe subrayarse que tampoco protege a todas las víctimas de violencia de honor. Al determinar su ámbito de aplicación, el artículo 3 Ley Orgánica 10/2022 se refiere a las violencias sexuales, entendidas como cualquier acto de naturaleza sexual no consentido o que condicione el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, incluyendo el ámbito digital. Entre dichas violencias incluye el feminicidio sexual, la mutilación genital femenina, los matrimonios forzados y el acoso con connotación sexual. Nuevamente, aun cuando quepa que algunas manifestaciones de la violencia de honor puedan entenderse comprendidas dentro de las violencias sexuales –homicidios o asesinatos por honor solo si caben dentro del concepto de feminicidio por razones sexuales, matrimonio forzado, mutilación genital femenina, acoso por razones de honor–, en cuyo caso dichas víctimas podrían beneficiarse del estatuto jurí-

dico que prevé esta norma, otros casos de violencia de honor caen fuera de los dominios de la misma, de manera que sus víctimas no resultan protegidas por la Ley Orgánica 10/2022. Así sucede, al menos, con los suicidios por honor, los abortos forzados por la misma causa, intervenciones físicas para enmascarar atributos sexuales –como el planchado de pecho–, el comportamiento controlador u opresión por honor, salvo cuando algunas de estas conductas puedan considerarse acoso con connotación sexual, el enclaustramiento y la violencia doméstica. De tal modo que tampoco todas las víctimas de violencia de honor pueden gozar de los derechos que integran el estatuto jurídico reforzado contemplado por la Ley Orgánica 10/2022.

En definitiva, la violencia de honor contra las mujeres carece de reconocimiento legislativo en España. En un contexto normativo como el actual, en que parece caminamos hacia la sectorialización del reconocimiento de estatutos jurídicos victimales, sus víctimas podrán beneficiarse de los estatutos jurídicos específicos y reforzados que contemplan las Leyes Orgánicas 1/2004 y 10/2022 siempre que la conducta violenta padecida pueda ser considerada como violencia de género o como violencia sexual, respectivamente. En otro caso, salvo que sean menores a los que pueda aplicarse un tercer estatuto de protección reforzado de las víctimas – el propio de la Ley Orgánica 8/2021, de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia–, les serán aplicables solo las medidas comunes de protección contempladas para todas las víctimas del delito en la Ley 4/2015, del estatuto de la víctima, o la Ley 35/1995, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.

b) SECTORIALIZACIÓN DE LA PROTECCIÓN VICTIMAL

El panorama normativo descrito nos lleva a concluir, en lo que al abordaje normativo de la violencia de honor en España se refiere, que aspectos que precisan normarse para la asunción de un paradigma victimocéntrico a esta realidad, sobre todo el de la protección de las víctimas, tampoco han sido adecuadamente abordados. No existe un tratamiento normativo unitario del estatuto protector de las víctimas de delitos que eventualmente pudiera reforzarse en función de las necesidades de protección de determinadas víctimas. Lo que tenemos es un abordaje legislativo sectorializado en función de las características de las víctimas o del tipo de delito padecido que delinea estatutos reforzados de protección –para víctimas de violencia de género, sexual y menores– ninguno de los cuales es enteramente aplicable a las víctimas de violencia de

honor, con la consiguiente ausencia de homogeneidad en su estatuto protector. De esto se sigue que a las víctimas de violencia de honor pueden aplicárseles al menos los tres siguientes distintos estatutos jurídicos, que deben necesariamente cohererarse con lo dispuesto en la Ley Orgánica 8/2021 si son menores: 1) el básico reconocido a toda víctima del delito en la Ley 4/2015 –considerándola eventualmente víctima con necesidades especiales de protección– y la ley 35/1995; 2) el reforzado que contempla la Ley Orgánica 1/2004 en caso de poder ser considerada víctima de violencia de género conforme a esta norma; y 3) el todavía más reforzado de la Ley Orgánica 10/2022, en caso de ser considerada víctima de violencia sexual.

Tal sectorialización normativa provoca la existencia de un umbral protector desigual para las víctimas de violencia de honor que no siempre se corresponde con la gravedad en términos del grado de afectación a sus derechos fundamentales de las conductas a las que son sometidas. Así, por ejemplo, a una víctima de acoso con connotación de género por causa de honor pueden reconocérsele los derechos incluidos en la Ley Orgánica 10/2022, entre ellos un derecho a la reparación reforzado que puede llegar hasta el punto de que se le reconozcan plurales fuentes de indemnización pública, incluyendo la posibilidad de acceder a un fondo dotado con cargo a bienes decomisados a personas condenadas, lo mismo que se reconocería a la víctima de un homicidio/asesinato por causa de honor o de un matrimonio forzado. Por el contrario, la víctima mayor de edad de un aborto forzado por causa de honor que ha sido obligada a someterse al mismo por parte de sus padres –por ejemplo, para evitar que se conozca en la comunidad que ha mantenido relaciones sexuales prematrimoniales– solamente podría gozar de los derechos incluidos en el estatuto básico de protección victimal, tanto en la Ley 4/2015 como en la Ley 35/1995. Esto supone, en términos indemnizatorios, que sólo puede percibir indemnización vía responsabilidad civil derivada del delito, a no ser que la práctica del aborto le haya causado lesiones que hayan comportado los grados de incapacidad temporal o definitiva que contempla la Ley 35/1995. Si, por el contrario, el aborto forzado es impuesto a una mujer casada por su esposo para ocultar el adulterio de esta, estaremos frente a un supuesto de violencia de género. En este caso, a la víctima se le reconocerán los derechos de contenido económico que contempla la Ley Orgánica 1/2004, entre ellos la posibilidad de multiplicidades indemnizatorias con cargo a fondos públicos, aun cuando sin acceso al fondo de bienes decomisados, que se reserva a las víctimas de violencias sexuales.

No solo en cuestión indemnizatoria se observan estas diferencias. También en aspectos como las posibilidades de obtener residencia legal en España por razones humanitarias es relevante que a las víctimas pueda aplicárseles

uno u otro estatuto protector. Así, tanto a la víctima de acoso con connotación sexual por razón de honor como a la de aborto forzado impuesto por el esposo se les reconocería el régimen más benigno de obtención de permiso de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales que contempla el art. 31 bis Ley Orgánica 4/2000, de protección de los derechos y libertades de los extranjeros en España. No así a la mujer obligada a abortar por sus progenitores, que no tendría más remedio que acudir al régimen general de obtención de permiso de residencia y trabajo para regularizar su situación residencial en nuestro país.

Además, la aprobación de estos estatutos protectores reforzados relativos a la violencia contra la mujer ha comportado la discutible prohibición del recurso a la mediación en cualquier supuesto de violencia de género –art. 44 Ley Orgánica 1/2004– y de violencia sexual –Disposición final duodécima de la Ley Orgánica 10/2022-. Esto implica que en los supuestos de violencia de honor a los que se apliquen tales estatutos no cabrá el recurso a mecanismos de justicia restaurativa, que sí podrán ensayarse en los demás casos. No cabrá, pues, mediación en el caso del acoso con connotación de género por honor ni en el del aborto forzado impuesto por el esposo, pero sí en el aborto forzado impuesto por los progenitores.

Tales diferencias en el estatuto jurídico protector de las víctimas de delitos de honor derivadas de la ausencia de tratamiento jurídico unitario de esta realidad no se justifican en atención a la entidad del atentado producido a los derechos fundamentales de las víctimas. Tampoco resultan acordes con una respuesta jurídica a la violencia de honor como la propuesta desde la perspectiva de la violencia de género que atienda a la cultura como *meaning-making process*.

III. CONCLUSIÓN

La violencia de honor constituye una de las manifestaciones de la violencia contra las mujeres que, de acuerdo con el Convenio de Estambul, los Estados parte deben afrontar holísticamente, no solo persiguiendo estas conductas, sino sobre todo protegiendo a sus víctimas y previniendo su producción. Precisamente en atención a la necesidad de adoptar un enfoque integral para luchar contra la violencia de honor, la aproximación a esta realidad que tenga en cuenta las especificidades culturales de las víctimas debería ser asumida no para culpabilizar y estigmatizar a determinadas culturas, sino para buscar respuestas jurídicas a este fenómeno que puedan aspirar a adquirir verdadero significado en las comunidades a que se aplican, que protejan a las víctimas sin ser consideradas como una imposición de Occidente.

La toma de consciencia sobre la existencia de manifestaciones de la violencia de honor producidas en países del primer mundo y su reflejo en instrumentos normativos internacionales ha conducido a algunos países de Europa central y del norte a adoptar aproximaciones normativas e institucionales focalizadas en este tipo de violencia. No ha sido este el caso de España, donde la violencia de honor como manifestación de la violencia contra las mujeres constituye una realidad a la que se ha prestado todavía escasa atención normativa, institucional y académica. Normativamente, aunque se han incriminado algunas de sus manifestaciones –la mutilación genital y los matrimonios forzados–, la perspectiva adoptada es claramente culturalista. Esto se traduce en la previsión de tipos delictivos simbólicos y estigmatizadores de determinadas culturas y comporta que se haya analizado la razón cultural únicamente en términos de exclusión o reducción de la responsabilidad penal, no como posible motivo de agravación. Tampoco la prevención de estas conductas y la protección de sus víctimas se abordan como categoría unitaria, debiendo acudir a distintos estatutos jurídicos en función de la concreta manifestación de la violencia de honor padecida para desentrañar las medidas preventivas y protectoras aplicables. Institucionalmente, ni el Pacto de Estado contra la violencia de género de 2017 ni la Estrategia Estatal para combatir las violencias machistas 2022-2025 sientan las bases de una aproximación conjunta a estas conductas, pese al toque de atención del GREVIO.

Con todo, los escasos datos que se tienen, procedentes de la academia, demuestran al menos la producción de mutilaciones genitales¹⁷ y de matrimonios forzados¹⁸ en nuestras fronteras. Esto evidencia la necesidad en España no solo del estudio fenomenológico de la violencia de honor como categoría, sino también del análisis sistemático de respuestas jurídicas e institucionales victimocéntricas adecuadas para afrontarla.

¹⁷ FERNÁNDEZ DE CASTRO/PORTAL MARTÍNEZ/SERRANO GARCÍA, La mutilación genital femenina en España: contexto, protección e intervención para su eliminación, Dykinson, 2018, pp. 59 ss.

¹⁸ VILLACAMPA ESTIARTE/TORRES ROSELL, El matrimonio forzado en España. Una aproximación empírica, REIC, 17, 2019, pp. 1 ss.

V. DERECHO PROCESAL PENAL Y OTROS TEMAS

CAPÍTULO XC

IA Y METAVERSO: NUEVOS PELIGROS Y OPORTUNIDADES

ANDREA R. CASTALDO

Professore Ordinario (Catedrático) di Diritto Penale.

Università degli Studi di Salerno (Italia). Avvocato Cassazionista

I. LA IA: ¿UN PELIGRO O UNA OPORTUNIDAD?

Es evidente que hoy en día la inteligencia artificial se ha extendido a muchas de las actividades cotidianas, tal vez todas.

También es evidente que no todos aprecian este tipo de innovación. Ciertamente, el progreso al que hemos asistido en los últimos años, tan rápido e inmediato, puede asustar, especialmente si se considera la excepcionalidad de algunas metas de la IA, como por ejemplo el *machine learning*, el *aprendizaje profundo*, o incluso, la IA generativa.

– El *Machine learning*, es un subgrupo de la I.A. que permite ejercitar funciones matemáticas y estadísticas a través de la utilización de datos históricos suministrados en entrada. Estas mismas funciones, llamadas algoritmos, tienen por objeto: **aprender** de los datos históricos, de patrones recurrentes, invisibles para el ojo humano, y **adaptarse** a las situaciones ya afrontadas en el pasado para generar la salida correcta a la reaparición de las mismas situaciones conocidas.

– El *Deep learning* o aprendizaje profundo utiliza modelos de redes neuronales, que requieren grandes cantidades de datos para el entrenamiento. El

objetivo de las redes neuronales es el de **elaborar** y **procesar** las informaciones recibidas en entrada proponiendo diferentes tipos de salida.

– Por su parte, la inteligencia artificial generativa encuentra espacio junto al *machine learning* y del *aprendizaje profundo*, siempre bajo el gran paraguas de la inteligencia artificial. Los algoritmos de esta rama se pueden utilizar para crear nuevos contenidos, incluyendo audio, código, imágenes, texto y vídeo.

Las novedades y los cambios asustan.

En 1800 se escribió la primera novela. Las novelas eran acusadas de incentivar ideas peligrosas en la cabeza de los «más débiles», mujeres y adolescentes, así como de distraer de los libros serios, como las enciclopedias escolares.

100 años después llegó el ascensor. Se apuntaba con el dedo a los ascensores (esto realmente hace sonreír) porque causaba *Brain Fever*, una enfermedad cerebral desconocida debido a la subida de nivel que provocaba fiebre y mareos.

Por no hablar de Internet, un invento que ha conmocionado y revolucionado el mundo y del que hoy nadie podría prescindir.

Todo lo que no conocemos nos da miedo, incluido el futuro. En psicología, esta fobia se llama neofobia o Metathesiofobia, es decir, miedo a lo nuevo.

Pero el miedo no debe ser un freno para el progreso; al contrario, sólo podemos ser positivos con respecto a los cambios que se están produciendo en estos años.

Además, cuando se habla de IA, la percepción es que se habla de algo distante de nosotros pero no nos damos cuenta de que los sistemas de IA ya están presentes cotidianamente en nuestra vida (aplicaciones de IA en el ámbito sanitario, vehículos de conducción autónoma, o más banalmente google).

II. LOS RIESGOS DE LA IA

Por lo que se refiere a la IA, es necesario distinguir entre los peligros vinculados al mal uso de los sistemas de IA y las limitaciones inherentes al uso de los sistemas de IA.

Uno de los mayores riesgos es la seguridad de los datos. Esto, junto con la privacidad, es lo que más inquieta.

En cuanto a los límites intrínsecos, existen implicaciones derivadas de las decisiones de diseño de los desarrolladores, como por ejemplo:

- Bias: distorsiones involuntarias que existen en los datos y/o en los algoritmos o que pueden ser introducidas por desarrolladores y usuarios;
- Fairness: adquisición de una ventaja injusta respecto a los usuarios de la tecnología;

– Transparencia: falta de transparencia en los procesos de toma de decisiones que caracterizan los sistemas de Inteligencia Artificial.

En cuanto a la invasión de los sistemas de IA en la vida de todos, pensemos en la *predictive policy*:

La evolución lograda por la *predictive policy* (política de previsión) consiste en utilizar el análisis de los datos recogidos para implementar una política que no tenga como único objetivo la creación de modelos y tendencias de los comportamientos delictivos, sino que permita, mediante el análisis de estas tendencias, prevenir la realización de los delitos específicos objeto de la estadística.

El fundamento teórico de la política de previsión son las teorías de la criminología ambiental, según las cuales, en resumen, los actos delictivos pueden preverse teniendo en cuenta que una persona tenderá a cometer un delito siempre que los beneficios derivados del crimen sean muy deseables y exista la oportunidad de cometerlo.

III. LA IA: UN INSTRUMENTO ÚTIL EN EL ÁMBITO DEL CUMPLIMIENTO NORMATIVO Y DE LA EMPRESA

Es especialmente animado el debate sobre las potencialidades del llamado «cumplimiento normativo digital», es decir, sobre el posible uso de nuevas tecnologías (por ejemplo: inteligencia artificial, blockchain o big data analytics) por parte de empresas y otras entidades para la gestión de sus procesos internos y externos de «cumplimiento normativo».

El recurso a modalidades «digitales» para el cumplimiento de obligaciones de conformidad normativa es incluso recomendado por las propias autoridades del sector: por ejemplo, en el PNA de 2019 la ANAC sugirió que el seguimiento de la implementación de las medidas anticorrupción, adoptadas en el marco de los Planes Trienales de Prevención de la Corrupción y la Transparencia, pueda ser realizado por cada una de las administraciones «mediante sistemas informáticos que permitan la trazabilidad del proceso y la verificación inmediata del estado de avance». Del mismo modo, el recurso a «métodos informáticos» o «herramientas de cifrado» se establece en el marco de la disciplina del whistleblowing (denuncia de irregularidades), tanto en el sector público como en el privado, como requisito necesario para garantizar la confidencialidad sobre la identidad del denunciante y el contenido de la denuncia.

Las cuestiones que se derivan de semejante «incursión» de las tecnologías digitales en el ámbito del cumplimiento normativo son –como bien se puede imaginar– múltiples.

Por lo que se refiere a las distintas fases de la «vida» de un modelo organizativo (proyecto; aplicación; actualización; eventual evaluación judicial en presencia de la impugnación de un delito), parece ante todo indudable que las tecnologías digitales pueden aportar una contribución propia ya en el momento de la construcción del sistema de cumplimiento normativo:

- en primer lugar, como instrumento útil para el listado de las actividades «en cuyo ámbito pueden cometerse delitos», gracias a la capacidad de pintar un «cuadro hiperrealista» de la realidad investigada;

- las tecnologías digitales pueden apoyar la fase preliminar de la llamada evaluación del riesgo, contribuyendo a la «fotografía» del contexto y a la identificación de los riesgos, mediante la recogida y el análisis de todos los datos relativos a la realidad empresarial. En esta perspectiva, la digitalización contribuiría a garantizar la idoneidad del modelo organizativo, en lo que se refiere a la necesaria «customización» de las cautelas organizativas a la «silueta de cada empresa» y a la «concreción» de su trabajo.

- además, se debe tener en cuenta también en la siguiente fase de definición de los procedimientos a adoptar, para regular y controlar la actuación individual y colectiva en el contexto empresarial, con el fin de prevenir e impedir la comisión de delitos;

- por último, en la misma dirección de investigación, merecen también una mención las potencialidades de las tecnologías digitales en la actualización del modelo organizativo en el cual la automatización se emplea con el limitado fin de detectar oportunamente los cambios normativos o bien las modificaciones del contexto empresarial que luego deben ser transpuestas en el ámbito del modelo organizativo.

En cada uno de estos ámbitos, el valor añadido derivado del uso de las nuevas tecnologías es intuitivo y se identifica generalmente en la mayor eficiencia, efectividad y eficacia del sistema de organización y control, respecto a las modalidades más «tradicionales» (paper-based) de gestión del cumplimiento normativo.

IV. LA IA EN CLAVE PREVENTIVA

En Italia, a partir de los años 2000, para derrotar o reducir algunos fenómenos criminales se ha pasado de una lucha meramente represiva a un sistema preventivo.

En este sentido, a modo de ejemplo, cabe citar la política adoptada para los modelos de lucha contra el blanqueo de capitales (D. Legislativo del 21 de

noviembre de 2007, n.º 231) y de la lucha contra la corrupción (Ley n.º 190 de 6 de noviembre de 2012), que van en la misma dirección, apostando por la creación de sistemas organizativos que puedan generar flujos informativos esenciales tanto en fase preventiva como en términos represivos.

Así, la IA puede representar un apoyo importante para las autoridades judiciales y administrativas en las actividades de prevención y lucha contra la delincuencia.

Sobre este punto, es innegable la progresiva influencia de la I. A. respecto a las modalidades de control y prevención adoptadas por las empresas, a veces mediante la integración de los instrumentos «ordinarios», a veces incluso en sustitución de estos últimos. De ahí la nueva temática de la Digital Criminal Compliance en la que se encuentran a dialogar dos «mundos» diferentes, el ordenamiento jurídico y el sector informático, con la consiguiente transposición, en un contexto interdisciplinario, del tema de la responsabilidad administrativa de la entidad.

En concreto, la innovación tecnológica permite a las empresas –mediante, por ejemplo, el uso de algoritmos específicos– mejorar la puntualidad de sus mecanismos de detección de irregularidades y/o conductas que podrían desviarse o, incluso, violar las disposiciones del Modelo Organizativo implantado por la entidad.

La IA, en otras palabras, sirve sobre todo para prevenir, más que para reprimir, la conducta desviada.

V. EL GRAN RETO SIGUE SIENDO LA ATRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

Drones que matan en las calles urbanas; coches sin conductor implicados en la comisión de accidentes en perjuicio de cosas o personas; software que ejecutan, en colaboración o incluso en sustitución del hombre, tareas cada vez más sofisticadas, como pilotar un gran avión, pero que a veces pueden interferir negativamente con la conducta humana: si en tales episodios se puede encontrar un hecho delictivo, ¿quién responderá penalmente? ¿el programador del software, su fabricante o su usuario?

– La hipótesis más simple: aquella en la que el sistema de IA constituye el instrumento en manos de otros –en particular, en manos de un hombre– a través del cual se comete el delito.

IA → instrumento del delito → responsabilidad del hombre «detrás de la máquina».

Caso del usuario que recurre a un medio robótico, disponible libremente en el mercado, para cometer dolosamente delitos de cualquier tipo. En tales casos, la presencia de esa tensión hacia el resultado que es la voluntad, típica del dolo, hace prescindir en gran medida del desarrollo concreto del recorrido causal activado, siempre que el acontecimiento deseado se haya verificado luego efectivamente.

Si, por el contrario, el sistema de IA implicado en la comisión del delito fuera un sistema de última generación, dotado de capacidad de aprendizaje y de autonomía de decisión, podríamos preguntarnos si no se cruza ya la frontera del futuro, hasta el punto de poder identificar directamente en el sistema de IA al autor del delito: si así fuera, el sistema de IA deberá responder penalmente de dicho delito.

No cabe duda de que el proceso de atribución de responsabilidades se complica.

Los mayores problemas aparecerán con fuerza en el ámbito de la culpa. Son numerosas las figuras humanas que en este caso pueden entrar en juego, susceptibles de ser imputadas por un hecho materialmente cometido por un sujeto artificial inteligente:

– Los usuarios, siempre que quede en su mano algún poder impeditivo del acontecimiento. Piénsese en el sector de los coches de conducción autónoma. En caso de que el vehículo esté todavía dotado de mandos que permitan intervenir en caso de emergencia (es decir, que el coche sea semi-autónomo), pueden quedar márgenes de responsabilidad culposa del potencial conductor, por no haber intervenido cuando tenía el deber de hacerlo.

– En el caso de que, en cambio, la automatización del medio sea total, incluso hasta el punto de carecer de mandos, la imposibilidad objetiva de intervenciones humanas de emergencia impide imputar penalmente alguna culpa del usuario, reducido aquí a mero pasajero → responsabilidad del programador.

VI. INTERACCIONES ENTRE EL CUMPLIMIENTO NORMATIVO DE LA EMPRESA Y EL METAVERSO

Uno de los interrogantes que los juristas se plantean ya desde hace tiempo en relación con el metaverso se refiere a la posibilidad de que, en relación con el mismo, se abran nuevas fronteras del derecho penal.

Que ahora se puedan cometer delitos en la paralela realidad Meta es algo conocido.

Estafas, hacking (acceso no autorizado a sistemas informáticos o de red), phishing (robo de identidad), difamación, pornografía, son sólo algunos ejemplos de casos ya verificados en el metaverso.

Estamos trabajando junto a la Universidad de Salerno en un proyecto de investigación destinado a llegar al metaverso e introducir un código penal que tipifique las conductas constitutivas de delito.

Pero no sólo eso, en el ámbito del cumplimiento normativo de la empresa, metaverso puede ser utilizado para lograr mayores estándares de eficacia, eficiencia, seguridad y transparencia. Además, gracias a la tecnología blockchain, metaverso podría garantizar una mejor digitalización y certificación de los datos y documentos de una empresa, por ejemplo los de carácter sanitario.

CAPÍTULO XCI
LEX DUBIA NON OBLIGAT

MARIO CATERINI
Catedrático (Professore Associato) de Derecho Penal.
Universidad de la Calabria (Italia)

I. LA *BENIGNIOR INTERPRETATIO* DEL DERECHO ROMANO
CLÁSICO AL DERECHO CRISTIANO POSTCLÁSICO

Ya en la antigüedad se intentó frenar la discrecionalidad interpretativa del juez penal mediante el criterio *in dubio pro reo*. Aunque ya se percibían algunos indicios en las obras de Cicerón¹ y Séneca², fue con Trajano³ que el *favor rei* – al menos en forma embrionaria – se convirtió en un verdadero principio de derecho, de matriz estoica, en el clima cultural y filosófico que caracterizó al Imperio Romano a partir del siglo I d. C.⁴ De hecho, poco a poco se consolidó la necesidad de evitar decisiones inspiradas en convicciones personales o destinadas a procurar la «gloria» a través de una peculiar severidad o clemencia, debiendo el juez más bien moderar y no exasperar la severidad de las disposiciones vigentes y aplicar las penas «*cum aliquo temperamento*

¹ Sobre el tema, G. COPPOLA BISAZZA, Traiano, l'affermarsi del principio del favor rei e il suo consolidarsi anche in campo privatistico, en Teoria e storia del diritto privato, 2019, pp. 6-12.

² SÉNECA, Epistula ad Lucilium, Ep. 10.81.26.

³ G. COPPOLA BISAZZA, Traiano, cit., pp. 13-16.

⁴ Sobre la matriz estoica véase F. FASOLINO, Regole di giudizio e garanzie dell'imputato nel processo criminale romano: la presunzione di innocenza, en L. SOLIDORO (ed.), Regole e garanzie nel processo criminale romano, Giappichelli, Turín, 2016, p. 47 ss.

benignitatis»⁵. De los juristas antiguos surgió la inclinación hacia una libertad de interpretación, si bien en *melius*, la única capaz de justificar ir más allá del dato literal de la norma⁶.

El Digesto de Justiniano, más concretamente, reiteró y consagró el principio de que «*in poenalibus causis benignius interpretandum est*»⁷, que estaba en consonancia con aquel referido específicamente a la elección de la pena, según el cual «*interpretatione legum poenae molliendae sunt potius quam asperandae*»⁸. La *benignitas* se utilizaba como criterio para orientar las decisiones, fruto no de un abstracto humanismo compasivo, sino de una necesidad ético-social dirigida a la *utilitas communis*⁹. La *interpretatio benevola* asumió, de esta manera, un ámbito muy amplio, útil para equilibrar necesidades contrapuestas: la preservación del orden social, por un lado, y, por otro, la protección del individuo, de modo que incluyera todo el complejo proceso de investigación del delito, ósea, no solo la interpretación de las normas en sentido estricto, sino también la valoración de las pruebas¹⁰. Puede decirse, por tanto, que el *in dubio pro reo* se estableció como principio jurídico con referencia a la *quaestio iuris* y sólo más tarde también con respecto a la *quaestio facti*.

Estos principios de derivación humanitaria y estoica fueron de tal manera introducidos en el sistema jurídico y ampliados por la doctrina cristiana. De hecho, fue en la época postclásica (siglos IV y V d. C.) cuando las diversas implicaciones del *favor rei* se afirmaron con mayor fuerza gracias a la influencia que el *favor miserarum* y la *humanitas* de matriz cristiana tuvieron en el derecho clásico¹¹. De hecho, con el reconocimiento de la fe cristiana como religión ofi-

⁵ Digesto, 48.19.11pr., Marcianus 2 de publicis iudiciis. Sobre el tema, U. BRASIELLO, La repressio-ne penale nel diritto romano, Jovene, Napoli, 1937, p. 571 ss.

⁶ F. FASOLINO, Alle origini del principio in dubio pro reo, en I. PIRO (ed.), Scritti per Alessandro Corbino, Tricase, Libellula edizioni, pp. 567-582.

⁷ Digesto, 40.17.155, Paulus libro 65 ad edictum, cf. M. P. IRIGOYEN TROCOS, Sobre las diversas reglas del derecho antiguo (Digesto 50.17), Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2005, p. 17.

⁸ Digesto, 48.19.42, Hermogenianus 1 epit. Sobre este pasaje, A. BERGER, In dubiis benigni ora, en G. MOSCHETTI (ed.), Atti del Congresso Internazionale di Diritto romano e di Storia del diritto, vol. II, Giuffrè, Milán, 1953, pp. 187 ss.; A. PALMA, Benignior interpretatio. Benignitas nella giurisprudenza e nella formazione da Adriano ai Severi, Giappichelli, Turín, 1997, p. 90, p. 148 ss. Más recientemente, L. SOLIDORO, Interazioni tra diritto penale sostanziale e processuale nella tradizione storica di civil law, en De Iustitia, 3/2016, pp. 91-104.

⁹ P. CERAMI, La concezione celsina del ius. Presupposti culturali e implicazioni metodologiche, I, L'interpretazione degli atti autoritativi, en Annali del seminario giuridico dell'Università di Palermo, vol. XXXVIII, 1985, p. 95 ss.; A. PALMA, Benignior interpretatio, cit., p. 86 ss.

¹⁰ F. FASOLINO, Regole di giudizio, cit., p. 50.

¹¹ En concreto, M. A. DE DOMINICIS, Brev. Pauli Sententiarum IV, 12, § 5 e l'origine romano-cristiana del principio «in dubiis pro reo», en Archivio penale, I, 1962, p. 411 ss.; ID. Ancora sulla «formula dubitativa», en Archivio Penale, 21, 1965, p. 534 ss.; más recientemente A. LÓPEZ PEDREIRA, Algunas reflexiones acerca de la presunción de inocencia en el ámbito penal romano, in P. RESINA SOLA (a cargo),

cial del Imperio la Iglesia entró en la organización sociopolítica del Estado, portando inevitablemente un desarrollo notable también en el ámbito jurídico¹².

II. LA INTERPRETACIÓN BENÉVOLA DEL DERECHO PENAL GERMÁNICO AL DERECHO CANÓNICO MEDIEVAL

Si la *interpretatio benévola* tuvo valor en la época postclásica, no tuvo igual fortuna en el derecho bárbaro, porque, como es sabido, en ese contexto jurídico el proceso penal consistía generalmente en una especie de juicio divino, como la ordalía, que determinaba la suerte del acusado a través de pruebas físicas, sin lugar a dudas interpretativas o incertidumbres decisorias, incompatibles con una verdad superior de origen sobrenatural que pudiera garantizar siempre al inocente¹³.

El sistema procesal canónico, después de haber sufrido hasta el siglo XII las influencias mágico-naturalistas del derecho germánico, se dotó de una estructura más estable y unitaria¹⁴. Así, mientras que en el juicio bárbaro se encomendaba al juez la única función de declarar el resultado de la prueba ordalía, en el juicio romano-canónico posterior al siglo XII se reafirmó la necesidad de una valoración fáctica y jurídica por parte del juez, aunque de forma inquisitoria. Con esta forma de proceso penal, recobró fuerza la autoridad del juez, al cual se confió de nuevo el papel activo de constatar los hechos y establecer su divergencia con las normas. Esta fase del derecho penal se caracterizó por una sólida recuperación de las fuentes romanistas, que sin embargo fueron seleccionadas y adaptadas al carácter teándrico del derecho canónico¹⁵.

Fundamenta iuris, Almería, 2012, p. 380 ss.; F. FASOLINO, *Alle origini*, cit., p. 575 ss.; ID., *Regole di giudizio*, p. 51 ss.; L. SOLIDORO, *Interazioni tra diritto penale*, cit., pp. 97; G. COPPOLA BISAZZA, *Traiano, l'affermarsi del principio del favor*, pp. 30-31.

¹² Sobre la relación entre el derecho romano y el cristianismo, fundamental B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, vol. III, Giuffrè, Milán, 1954, passim, esp. p. 183. Más en general, O. ROBLEDA, *Perché il mondo latino nel suo diritto si lascia influenzare dal Cristianesimo?*, en *Gregorianum*, 1985, Vol. 66, n.º 1, pp. 111-128.

¹³ J.-P. LÉVY, *La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen Age*, Librairie du Recueil Sirey, París, 1939, pp. 112-115.

¹⁴ C. TAMMARO, *Rilevanza delle ordalie e dei giudizi di Dio ed analisi strutturale e funzionale della «confessio iudicialis» nel sistema probatorio del processo canonico medievale «in re penali»*, en *Periodica de re canonica*, 2006, pp. 343-363.

¹⁵ B. BASDEVANT-GAUDEMET, *Les sources du droit romain en matière de procédure dans le Décret de Gratien*, en *Revue de droit canonique*, 1977, pp. 193-242; C. LEFEBVRE, *Procédure*, en *Dictionnaire de droit canonique*, vol. VII, Letouzey et Ané, París, 1965, cc. 281-309.

De hecho, la *regula iuris* XLIX del *Liber Sextus* promulgado por Bonifacio VIII en 1298¹⁶ – posteriormente incorporada en el *Corpus Iuris Canonici* publicado oficialmente por Gregorio XIII en 1582 – recuperó el citado principio justiniano del Digesto 40.17.155¹⁷, afirmando que «*in poenis benignior est interpretatio facienda*»¹⁸. Según la doctrina canónica del siglo XVIII, esta *regula* era aplicable sólo en casos dudosos, cuando la ley era incierta; en caso contrario, el juez debía aplicarla según el texto explícito, sin mitigar ni exacerbar su contenido¹⁹. «*Quando in lege, vel alia dispositione verba circa poenas non certa et clara, sed ambigua sunt, mitior et benignior interpretatio facienda est. Ratio est; quia Odia restringi, et favores convenit ampliari [...]. Et semper in dubiis benigniora praeferenda sunt. [...] atque In obscuris minimum (id est, minus gravans, et obligans) est sequendum [...]. Siquidem ea tanto digniora sunt imitatione, quanto excellentiora pietate*»²⁰.

La regla de la interpretación benévola en caso de duda, además de tener una derivación romanista, era también una implicación del precepto evangélico «*nolite iudicare et non iudicabimini, nolite condemnare et non condemnabimini*»²¹. La *regula* también se basaba en la ley de la caridad, según la cual un individuo debía presumirse bueno hasta que se demostrara su maldad²².

Si hoy en día el precepto evangélico «no juzgues para no ser juzgado» tiene un peso principalmente religioso, en el pasado tenía un peso más inmediato en el juicio penal²³. De hecho en esta fase histórica, el *in dubio pro reo*, repercutió no tanto para evitar el castigo injusto, es decir, para dar garantías a los acusados, sino, sobre todo, para darlas al «alma» de los jueces²⁴. El principio, por tanto, cumplía la función de «consuelo moral» para los jueces, libe-

¹⁶ E. ROELKER, An Introduction to the Rules of Law: Part II: Observations on the Rules of Law of Pope Boniface VIII, en *The Jurist. Studies in Church Law and Ministry*, 9, 1950, pp. 417-436.

¹⁷ Véase la nota 7 supra. En el mismo sentido, aunque no referido exclusivamente a las sentencias penales y no sólo a la *quaestio iuris*, también la regla XI: «*Cum sunt partium jura obscura, reo favendum est potius, quam actori*», así como la regla II del *Liber Sextus*: «*Dubia in meliorem partem interpretari debent*». En estos términos, A. S. SÁNCHEZ-GIL, Il principio in dubio pro reo nel diritto penale canonico. La perenne attualità di un'antica regola giuridica, en D. CITO (ed.), *Processo penale e tutela dei diritti nell'ordinamento canonico*, Giuffrè, Milán, 2005, p. 641 ss.

¹⁸ J. B. MCGRATH, The glossa ordinaria on regula juris 49 in the *Liber sextus* of Boniface VIII, en *The Jurist. Studies in Church Law and Ministry*, 53, 1993, pp. 344-395. Entre los decretalistas, véase D. MUXELLANI, *Commentarii in Regulas Iuris Pontificij*, Colonia, 1569, pp. 334-335.

¹⁹ A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, tomus sextus, Bortoli, Venecia, 1735, p. 75.

²⁰ *Id.*, p. 76.

²¹ MATEO, 7.1; LUCAS, 6.37.

²² A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum*, cit., sub. Regula II, p. 5.

²³ Ya V. DE BEAUVAIS en *Speculum maius* (1260) se ocupó del riesgo que corre el alma del juez que derrama sangre para preservar la justicia.

²⁴ J. Q. WHITMAN, Los orígenes de la duda razonable. *Theological Roots of the Criminal Trial*, Yale University Press, New Haven, 2008, p. 3, pp. 9-26, habla de las «almas de los jurados».

rándolos de la responsabilidad de la sentencia que no podía imponerse si era el resultado de una decisión sin duda razonable²⁵. Esto se debe a que «*cum homo juste occiditur, lex eum occidit, non tu*»²⁶. Por tanto, el juez no pecaba al juzgar y condenar, siempre que hubiera cumplido la ley, en tal sería responsable la propia ley; incluso la duda respecto a la ley debía resolverse a favor del imputado, pues de lo contrario el juez podría incurrir en el pecado.

La canonística medieval, para preservar el alma del magistrado, parece haber distinguido, de esta manera, su figura en dos entidades, una subjetiva y una jurídica, confiando sólo a esta última la tarea de juzgar y condenar²⁷. En este contexto histórico, el papel de la *interpretatio benevola* ya no era sólo el de la *utilitas communis* romana, destinada a encontrar un equilibrio entre la preservación del orden social y las garantías del acusado, sino que estaba teñida de una connotación teológica destinada a salvar el alma de los jueces del pecado.

III. LA *BENIGNIOR INTERPRETATIO* EN EL PROBABILISMO TEOLÓGICO DE LA ÉPOCA MODERNA

De lo escrito hasta ahora se desprende que la doctrina del siglo XVIII era consciente de que la ley podía ser dudosa y que de su interpretación podían derivarse distintos resultados, a tal punto que uno de los canonistas más conocidos de la época recordaba que el hecho que podía reconstruirse al mismo tiempo como delictivo y no delictivo debía interpretarse como carente de criminalidad²⁸. A la incertidumbre propia del derecho penal premoderno, la doctrina canonista respondió otorgando al juez un poder interpretativo *in melius*, potencialmente capaz de amortiguar el rigor expansivo del derecho penal. Por ello, desde esta perspectiva, el juez no podría ser esa mera «*bouche qui prononce les paroles de la loi*» como propugnaba Montesquieu²⁹. Ello se debió a que los canonistas razonaron sobre el antiguo material normativo que por sus características intrínsecas necesitaba de interpretación, mientras que la Ilustración miró al futuro en una tensión reformista ideal-política que aún hoy no se

²⁵ ID., pp. 12-16, que habla del «moral comfort» de los jueces y de la duda razonable capaz de di «comfort the judge by forcing some other agent to assume all or part of the responsibility».

²⁶ SAN AGUSTÍN, *Quaestiones in Heptateuchum libri VII*, In *Leviticum*, PL, 34, 707. aquí en J. Q. WHITMAN, *The Origins of Reasonable Doubt*, cit. p. 53 ss.

²⁷ F. MOTTA, *In causa fidei*, Librería stampatori Torino, Turín, 2017, p. 151.

²⁸ A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum*, cit., sub. Regula II, p. 5: «Actus, qui potest denotare delictum et non delictum, ut carens delicto interpretari debet. l. 51. ff. pro socio. l. 4. §. docere. 12. ff. de vi bon. rapt.».

²⁹ MONTESQUIEU, *Esprit des lois* (1748), Garnier, Londres, 1777, Tome 1, Livre XI, Chapitre VI, p. 327.

realiza plenamente, dirigida utópicamente a eliminar, pero más prudentemente a reducir la oscuridad de las leyes y, en consecuencia, su interpretación³⁰.

La *benignior interpretatio*, en esencia, era un principio capaz de resolver las dudas interpretativas, que orientaba a los jueces en una dirección impuesta por los preceptos cristianos. Se establece de tal manera, una íntima conexión de la interpretación benévola con la teoría del probabilismo³¹ en la teología moral³², para delimitar lo que en lenguaje moderno podríamos llamar la razonabilidad de la duda interpretativa, a fin de evitar un laxismo injustificado que se realizaría si, por el contrario, se diera relevancia a cualquier duda. El probabilismo, de hecho, forjó un principio universal según el cual, cuando el límite de lo obligatorio parecía incierto, debía favorecerse la libertad de conciencia sobre la ley. La razonabilidad de la duda que legitimaba la libertad de acción, según esta teoría, se producía cuando la hipótesis más favorable era probable, aunque la desfavorable fuera más probable. En otras palabras, en la incertidumbre prevalecía siempre la libertad, siempre que se apoyara en una opinión autorizada capaz de conferir «probabilidad» o seriedad a la hipótesis – hoy diríamos razonabilidad –, excluyendo así los pretextos temerarios o las razones meramente aparentes³³. De ahí las tesis fundamentales con las que concluye uno de los tratados más famosos sobre la conciencia moral: «*Lex dubia non obligat*» y «*Lex incerta non potest certam obligationem inducere, quia hominis libertas antea ad legis obligationem possidet*»³⁴.

A pesar de su nombre, el probabilismo se consideraba un instrumento de certeza, no porque transformara lo probable en cierto, sino porque iluminaba las conciencias de tal manera que aclaraba el límite de lo lícito siempre que hubiera razones serias a favor de la libertad, sin eliminar necesariamente las dudas especulativas³⁵. En resumen: el acto era lícito si se fundaba en razones

³⁰ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), Rizzoli, Milán, 1981, §§ IV-V, pp. 68-71.

³¹ Para una exposición eficaz y concisa del probabilismo en el pensamiento antiguo, véase la entrada Probabilismo, en *Dizionario di filosofia*, Treccani, en línea. Para la época medieval, G. PRETI, *Dialettica terministica e probabilismo nel pensiero medievale*, en A. BANFI (ed.), *La crisi dell'uso dogmatico della ragione*, Bocca, Roma, 1953, pp. 61-97.

³² Sobre este tema, A. BERNAREGGI, *La personalità scientifica di Francesco Suarez*, en *Rivista di filosofia neo-scolastica*, 11, 1919, pp. 6-36. Más recientemente, E. COLOMBO, *Contro il probabilistico sistema: lettere di Gaetano da Bergamo a Pietro Ballerini (1734-1738)*, en *Rivista di storia della Chiesa in Italia*, 62, 2008, pp. 81-111. Sobre el probabilismo en general, véase S. MORINI, *Probabilismo. Storia e teoria*, Bruno Mondadori, Milán, 2003, passim.

³³ A. M. DE' LIGUORI, *Istruzione e pratica per un confessore*, Remondini, Venezia, 1761, p. 18. Id., en *Dell'uso moderato dell'opinione probabile*, Di Domenico, Nápoles, 1765, p. 254.

³⁴ A. M. DE' LIGUORI, *Theologia Moralis*, tomo I, *Sumptibus Remondinianis*, Roma, 1767, p. 11 y 16.

³⁵ A. M. DE' LIGUORI, *Risposta apologetica ad una lettera d'un religioso circa l'uso dell'opinione egualmente probabile*, en *Confessore diretto per le confessioni della gente di campagna*, Remondini, Venezia, 1764, pp. 506-510.

«probables», aunque la especulación no resolviera todas las dudas que militaban contra la libertad³⁶.

En este caso también eran evidentes las implicaciones teológicas de una teoría basada en la libertad otorgada al hombre por Dios, que no podía ser restringida por la imposición de una obligación moral, más que jurídica, siempre que esta supuesta obligación no fuera probada por la falta de razones serias a favor de la libertad³⁷. Contra el «legalismo» más estricto, el probabilismo enseñaba que no se está «obligado a seguir la voluntad material de Dios», es decir, la verdad objetiva que no es bien conocida por el hombre, sino que hay que seguir «sólo la voluntad formal, es decir, la que se manifiesta». Por otra parte, la equiprobabilidad de que la ley existiera o no fuera suficiente para que la ley se postulara como voluntad formal de Dios: «Santo Tomás enseña, que la ley para ser obligatoria debe ser cierta y manifestarse con conocimiento de causa»³⁸. El probabilismo, de este modo, tendía a encontrar un equilibrio entre un laxismo destinado a dar protagonismo a la más mínima duda capaz de liberar al hombre de toda atadura moral, y un tuziorismo demasiado riguroso porque negaba relevancia a las opiniones «razonables» diferentes³⁹. Esto, tanto cuando la duda recae sobre la ley como cuando se trata del hecho⁴⁰.

El tema de la interpretación benévola también fue explorado por los canonistas del siglo XIX, bajo el particular perfil de la formación de la conciencia cuando la duda sobre la ilicitud de la acción era causada por una duda sobre el derecho positivo. Entre las distintas categorías de esta duda se encuentra la que se produce cuando «existe un defecto de exposición tal en la ley que no aparece claramente que determinados casos estén contemplados en ella»⁴¹. Así, cuando el defecto de las leyes positivas «reside en su oscura exposición», la duda se concreta en la cuestión de «si un caso está incluido en la exposición de la ley» y –al no poder resolverse mediante el recurso al legislador– es «la pro-

³⁶ M. D'HERBIGNY, *La théologie du révélé*, Beauchesne, París, 1921, p. 230.

³⁷ A. M. DE' LIGUORI, *Istruzione*, cit., pp. 20-23.

³⁸ ID. (1764), *Corrispondenza speciale*, Lettere III, Società S. Giovanni, Roma 1890, pp. 525-527. Sobre el probabilismo en la obra de de' Liguori, véase D. CAPONE, *Dissertazioni e note di S. Alfonso sulla probabilità e la coscienza dal 1764 al 1769*, en *Studia moralia*, II, Desclée & socii, Roma, 1964 pp. 89-155.

³⁹ Para la disputa entre probabilistas y rigoristas, véase el moderno. D. PASTINE, Juan Caramuel: probabilismo ed enciclopedia, *La Nuova Italia*, Florencia, 1975; G. DE ROSA, *Chiesa e religiosità dalla crisi del probabilismo al rigorismo neotridentino*, en L. DE ROSA/L. M. ENCISO RECIO, (ed.) *Classi sociali e fermenti culturali (1650-1760)*, Edizioni scientifiche italiane, Nápoles, 1997, pp. 91-102. Sobre el jansenismo, fundamental A. C. JEMOLO, *Il giansenismo in Italia prima della Rivoluzione*, Laterza, Bari, 1928.

⁴⁰ C. M. NAGLE, *Giving Due Emphasis to the Human Person in Catholic Moral Teaching*, en *The Australasian Catholic Record*, 2013, p. 59: «El principio del probabilismo establece que no se puede obligar a las personas a la observancia cuando hay una duda de derecho o una duda de hecho».

⁴¹ A. ROSMINI, *Filosofia della morale*, vol. III, *Trattato della coscienza morale*, libro III, en *Opere*, vol. XI, Di Caro Battelli, Napoli, 1844, p. 213.

pia existencia de la ley» la que está en duda, que por ello «no tiene fuerza vinculante». No basta con que el caso esté probablemente contenido en la ley, sino que debe estarlo con certeza, o al menos con un grado de probabilidad capaz de producir el pleno consenso»⁴².

Incluso en la doctrina decimonónica, por tanto, se estableció con firmeza el probabilismo basado en la máxima *in poenis benignior est interpretatio facienda*, referida a «una ley positiva que es dudosa en sí misma», con independencia del otro caso en el que la duda derivaba «de nuestra ignorancia y no de la propia ley»⁴³. Así, se defendió la parte «verdadera» del probabilismo injustamente censurada, tratando de distinguirla de las otras partes «falsas», confusión generada por el «significado demasiado amplio de la palabra opinión», que en cambio debía ser bien especificada según el objeto de la misma. Por lo tanto, la parte «verdadera» del probabilismo, fue considerada como aquella «que tiene por objeto la incertidumbre de la ley en sí misma, es decir, la incertidumbre de la ley debida a un vicio intrínseco a ella. De ahí la consecuencia de que no sólo no estamos obligados en estos casos a seguir la opinión igualmente probable a favor de la ley, sino ni siquiera la más probable. Por lo tanto, mientras siga existiendo la duda fundada de un defecto inherente a la ley, ésta no existe y no nos obliga, aunque si lo más probable es que ese defecto que anula la ley nos hubiese obligado»⁴⁴.

IV. LA INTERPRETACIÓN BENÉVOLA EN LAS CODIFICACIONES CANÓNICAS CONTEMPORÁNEAS

La *interpretatio benigna* llegó así a la primera codificación canónica, la de 1917, cargada del bagaje de doctrina moral y jurídica que la había acompañado durante siglos. En efecto, el § 1 del canon 2219 del Código Pío-Benedictino consagró de nuevo la fórmula «*in poenis benignior est interpretatio facienda*», tomándola servilmente de la *regula iuris* XLIX del *Liber Sextus* de Bonifacio VIII y, por tanto, del *Corpus Iuris Canonici*⁴⁵. El § 3, por otra parte, añadió la prohibición de extender la norma a

⁴² Id., pp. 216-218.

⁴³ Id., pp. 224-229, anticipó las categorías de ignorancia culpable invencible y de inculpabilidad invencible.

⁴⁴ Id., pp. 219-220. Para un análisis del probabilismo en las obras de Rosmini, G. MATTAI, Antonio Rosmini e il probabilismo, Scuola tipografica salesiana, Turín, 1951.

⁴⁵ En general, sobre los cánones interpretativos anteriores al nuevo código canónico de 1983, véase J. A. CORIDEN, Rules for Interpreters, en *The Jurist. Studies in Church Law and Ministry*, 42, 1982, pp. 277-303.

casos similares, incluso si hubiera razones iguales o mayores a favor del castigo⁴⁶. El can. 19 como disposición más general, además, impuso la interpretación *stricta* en materia penal⁴⁷. Así, la interpretación de las *leges quae poenam statuunt* debía ser no sólo estricta, sino también benévola. La interpretación estricta, además, parecía benévola en sí misma porque reducía la posibilidad de que se aplicara la pena o contenía la medida, concibiendo como benévola aquella interpretación que favorecía al acusado, ya que se suponía que su voluntad se oponía a la pena. La doctrina además no dudaba en aplicar la interpretación estricta, más benévola, tanto a las dudas de hecho como de derecho⁴⁸.

La larga preparación del nuevo código canónico latino iniciada en los años sesenta del siglo pasado pasó por alto inicialmente algunas de las principales implicaciones del principio de legalidad penal, hasta el punto de que el esquema de la revisión del Libro V no reproducía originalmente la prohibición de extensión analógica del canon 2219⁴⁹, probablemente porque las normas penales debían considerarse normas orientadas al bien público y, por tanto, no «odiosas» *per se*, sino favorables y, por tanto, no debían aplicarse restrictivamente⁵⁰. Aunque esta prohibición fue posteriormente confirmada e introducida en el *Codex* de 1983 (can. 19) junto con la necesidad de la interpretación estricta de las normas penales (can. 18)⁵¹, el Código Latino vigente hoy carece de la misma disposición que en cambio en el Código de 1917 imponía la *be-*

⁴⁶ «Non licet poenam de persona ad personam vel de casu ad casum producere, quamvis par adsit ratio, imo gravior, salvo tamen praescripto can. 2231». El canon 2231 regulaba el castigo de los concursos de delitos; sobre este punto, G. SPECIALE, Il can. 2209 del Codex iuris canonici del 1917: appunti sulla disciplina del concorso di persone nel reato dal ius commune ai codici, en *Historia et ius*, 14/2018, pp. 12-13.

⁴⁷ «Leges quae poenam statuunt, aut liberum iurium exercitium coarctant, aut exceptionem a lege continent, strictae subsunt interpretationi». Para un comentario, véase E. ROELKER, The Strict Interpretation of Law, en *The Jurist. Studies in Church Law and Ministry*, 9, 1950, pp. 9-34.

⁴⁸ L. M. DOMÍNGUEZ, Comentario al can. 2219, en L. M. DOMÍNGUEZ / S. ALONSO MORÁN / M. CABREROS DE ANTA (eds.), Código de derecho canónico y legislación complementaria, Biblioteca de autores cristianos, Madrid, 1980, p. 913; T. GARCÍA BARBERENA, Comentario al can. 2219, en M. CABREROS DE ANTA, A. A. LOBO, S. ALONSO MORAN (eds.), Comentarios al Código de Derecho Canónico, La Editorial católica, Madrid, 1964, p. 293.

⁴⁹ J. ARIAS-GÓMEZ, El principio de legalidad en la reforma del libro V del CIC, en *Ius canonicum*, 1978, vol. XVIII, p. 291-318, esp. p. 298 y 317. Recientemente, sobre el principio de legalidad penal en el sistema canónico, véase G. SCIACCA, Principio di legalità e ordinamento canonico e suoi riflessi nel diritto penale, en *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, en línea, 25 de marzo de 2019.

⁵⁰ Para una refutación de la tesis según la cual las leyes favorables incluirían las leyes penales porque fueron introducidas por el bien público, véase P. FELICI, Una questione elegante: ¿favorvole u odiosa la norma penale?, en *Comunicazioni*, 1978, pp. 273-280. Sobre el tema, más recientemente, D. G. ASTIGUETA, La legge penale più favorevole (can. 1313), en *Periodica de re canonica*, 2007, fasc. 2, pp. 183-248.

⁵¹ En los manuales, G. GHIRLANDA, Il diritto della Chiesa, Editrice Pontificia Università Gregoriana, Cinisello Balsamo, 2000, pp. 475-476.

*nignior interpretatio*⁵². Esto, tal vez, porque la interpretación estricta y la interpretación benévola serían conceptos equivalentes, lo que, sin embargo, como veremos, no parece ser totalmente cierto⁵³.

Hay que recordar, sin embargo, que incluso el CIC de 1983 en el can. 14 confirmó la antigua máxima de que «*leges, etiam irritantes et inhabilitantes, in dubio iuris non urgent*», procedente de la recordada teología moral. Por tanto, la duda de derecho, y no la mera duda subjetiva, hace que la ley no sea vinculante en la medida en que un mandato equívoco, en realidad, invalida la promulgación de la propia ley, ya que con ella no se puede dar a conocer nada más que lo que la ley expresa objetivamente en sí misma, en definitiva, sigue siendo válido el antiguo precepto de que *la lex dubia non obligat*.⁵⁴

Que la interpretación más favorable y la interpretación estricta son conceptos que no siempre coinciden lo demuestra implícitamente el *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium* de 1990 que, más atento a recordar los cánones antiguos y confirmando los principios del CIC de 1917, en can. 1404, § 1, mantuvo la antigua fórmula «*in poenis benignior est interpretatio facienda*» y, en el § 2, especificó la prohibición de la interpretación extensiva en materia penal, mientras que en el canon 1500 también reiteró que las «*leges, quae poenam statuunt [...] strictae interpretationi subsunt*»⁵⁵. Ahora bien, si la *benignior interpretatio* y la *stricta interpretatio* expresaran un concepto idéntico, tanto el CIC de 1917 como el CCEO de 1990 en este punto habrían replicado una norma, la de interpretación benigna, de forma redundante y, por tanto, superflua, generando la confusión propia de aquellos casos en los que el legislador repite disposiciones que son completamente superponibles. El primer código canónico para los fieles orientales, en cambio, se benefició de la experiencia de las dos codificaciones latinas anteriores y, por tanto, tuvo la oportunidad de hacer correcciones y mejoras a la luz de las mismas⁵⁶. Estas razones impulsaron a prestar una gran atención al CCEO y a darle una consideración especial en el estudio del sistema canónico, como parte integrante de un único

⁵² Sobre la confirmación en el Código de 1983 de la prohibición de la analogía y del criterio de interpretación estricta, véase *Ex actis pontificiae commissionis codici iuris canonici recognoscend*, en *Comunicaciones*, 1991, n.º 2, pp. 157-158.

⁵³ Para un examen general de la presunción de inocencia en el sistema canónico, véase A. S. SÁNCHEZ-GIL, *El principio 'in dubio pro reo' nel diritto penale canonico*, cit. pp. 631-650.

⁵⁴ O. GIACCHI, *Formazione e sviluppo della dottrina della interpretazione autentica in diritto canonico*, Vita e Pensiero, Milán, 1935, p. 58.

⁵⁵ El canon 1496, al igual que el CIC de 1983, también reafirma el principio de que una ley dudosa no obliga.

⁵⁶ B. F. PIGHIN, *Derecho penal canónico*, Marcianum Press, Venecia, 2014, p. 69; P. SZABÓ, *Tradiciones orientales y codificación oriental*, en *Ius ecclesiae*, 2017, pp. 635-658.

*Corpus iuris canonici*⁵⁷. Tanto es así que, precisamente en lo que se refiere a la *intepretatio benevola*, se ha defendido que el canon 1404 del Código oriental se utilice para complementar el latino, siendo el principio parte esencial de la tradición canónica⁵⁸.

V. DE LA MODERNIDAD DE LA ANTIGUA *BENIGNIOR INTERPRETATIO* A LA INMADUREZ EFICIENTISTA DEL SISTEMA PENAL ITALIANO

El sistema penal canónico considerado en su conjunto, a la luz de lo hasta ahora dicho, sigue reflejando una serie de principios generales y normas vinculantes que se remontan a la más antigua tradición, según la cual en el derecho penal, en la duda objetiva del derecho, debe elegirse la opción interpretativa más favorable al inculpado, en modo similar a la *rule of lenity* en el sistema estadounidense⁵⁹. La teología moral del probabilismo también ha dado indicaciones indispensables sobre cómo puede entenderse todavía hoy la duda «razonable» del derecho: en primer lugar, será una duda que recaiga sobre las características intrínsecas y objetivas de las normas y no que resulte de una ignorancia puramente subjetiva; en segundo lugar, la razonabilidad de la duda sobre la *quaestio iuris* dependerá de la seriedad y autoridad de la hipótesis interpretativa alternativa, sin que ésta tenga que ser necesariamente la más «probable», en el sentido de la más acreditada⁶⁰.

Comparando esto con el sistema penal italiano, resulta que en el mismo, ni a nivel constitucional ni en la codificación existen normas que reconozcan expresamente la interpretación benigna, aunque la misma ha sido considerada –ciertamente no de forma generalizada– como una implicación

⁵⁷ JUAN PABLO II, Discorso di Giovanni Paolo II in occasione della presentazione del Codice dei canoni delle Chiese orientali, 25 de octubre de 1990, en Acta Apostolicae Sedis, LXXXIII, 1991, n.º 4 y 8, pp. 488 y 490; la versión italiana del discurso está disponible en www.vatican.va.

⁵⁸ J. B. McGRATH, The glossa ordinaria, cit., en The Jurist, 53, 1993, pp. 352-353; J. B. HESCH, Lack of due discretion, en The Jurist. Studies in Church Law and Ministry, 52, 1992, p. 734, nota 42,

⁵⁹ Sobre los orígenes de la regla de «lenidad» en Estados Unidos, su fundamento constitucional y sus aplicaciones jurisprudenciales concretas, entre otros muchos, A. SCALIA, A matter of interpretation, Princeton University Press, Princeton, 2018; Z. PRICE, The rule of lenity as a rule of structure, en Fordham Law Review, 40, 2004, pp. 885-942; S. HOPWOOD, Clarity in Criminal Law, en American Criminal Law Review, vol. núm. 54, 2017, pp. 695-750; B. C. KARKKAINEN, «Plain Meaning»: Justice Scalia's Jurisprudence of Strictutory Construction, en Harvard Journal of Law & Public Policy, 17, 1994, pp. 401 ss.; W. POPKIN, Law-Making Responsibility and Statutory Interpretation, en Indiana Law Journal, 68, 1993, p. 865 ss.

⁶⁰ Véase el párrafo anterior n. 3

directa de los principios constitucionales en materia penal⁶¹. Mientras que otros sistemas penales seculares han codificado el principio de interpretación estricta, como el francés⁶², en los sistemas supranacionales se encuentran normas que no sólo formalizan este criterio hermenéutico, sino que militan más propiamente en el modelo de interpretación benigna. Es el caso del artículo 22.2 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, así como del artículo 6.2 de la Directiva de la Unión Europea 2016/343 sobre la presunción de inocencia, según el cual «Los Estados miembros asegurarán que cualquier duda sobre la culpabilidad sea valorada en favor del indagado o imputado»⁶³.

La tradición moderna en el sistema penal italiano, en cambio, admite, como es sabido, la interpretación extensiva, tratando de distinguirla de la analógica, que sería la única prohibida⁶⁴. Las tendencias del derecho penal italiano se orientan autoritariamente hacia la necesidad político-criminal de evitar la interpretación *stricta* porque, de lo contrario, el sistema se detendría en una estricta fijeza conceptual, históricamente impensable y socialmente falsa⁶⁵.

No parece, pues, el momento de emular los principios en materia de *stricta interpretatio* que se encuentran en el sistema penal canónico, lugar de sedimentación de normas indispensables que, a pesar de su antigüedad, conservan una extrema modernidad. El momento parece aún menos maduro en Italia para una consagración legislativa explícita del criterio de la *benignior interpretatio*, que conserva su autonomía respecto al de la interpretación restrictiva. De hecho, no siempre la interpretación estricta es la más favorable para el imputado. Se ha observado, en efecto, que en algunos casos, cuando el tribunal penal tiende a los resultados hermenéuticos más desfavorables

⁶¹ La tesis se argumenta en M. CATERINI, L'interpretazione favorevole come limite all'arbitrio giudiziario. Crisis de la legalidad e interpretación creativa en el sistema postdemocrático de la oligarquía judicial, en P. B. HELZEL/A. J. KATOLO (eds.), *Autorità e crisi dei poteri*, Cedam, Padua, 2012, p. 99 ss.

⁶² Art. 11-4 Code Pénal: «La ley penal es de interpretación estricta». Sobre esta norma, a nivel manualista, J. LEROY, *Droit pénal général*, L. G. D. J., París, 2020, p. 56. Véase también, J.-C. SAINT-PAU, *L'interprétation des lois*, en *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 2015, 2, pp. 273-285.

⁶³ Sobre este tema, remitimos a M. CATERINI, *Dal cherry picking del precedente a la nomofilachia favorable al demandado*, en *Politica del Diritto*, 2018, pp. 327-226.

⁶⁴ Para la distinción tradicional entre interpretación extensiva y analógica, véase M. BOSCARRELLI, *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Palermo, 1955, *passim*, esp. p. 80 ss. Sobre la pérdida de sentido real de la distinción tradicional entre interpretación restrictiva, extensiva y analógica, véase W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, ESI, Nápoles, 2007, *passim*, esp. p. 152 ss; *Id.*, ¿Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale, en *Ars interpretandi*, 1997, p. 190 ss.

⁶⁵ Sobre la impropiedad penal de restringir la interpretación al «núcleo» de la norma y excluir su «halo marginal», véase F. PALAZZO, *Regole e prassi dell'interpretazione penalistica nell'attuale momento storico*, en *Diritto privato*, 2001-2002, vol. VII-VIII, *L'interpretazione e il giurista*, Cedam, Padua, 2003, p. 531; así como *Id.*, *Sistema delle fonti e legalità penale*, en *Cassazione Penale*, 2005, p. 280.

entre los posibles, debe adoptar una filosofía interpretativa rígida, estéril, nada creativa, limitando el sentido de las normas a su núcleo del significado textual, evitando opciones hermenéuticas elásticas capaces de ampliar la respuesta punitiva. Por el contrario, cuando la hermenéutica, sobre la base de principios supraordenados, puede dirigirse hacia resultados capaces de minimizar el área de lo penalmente relevante, la actividad del juez debería abrirse a opciones interpretativas más flexibles, más dúctiles, más fértiles, que pueden incluso proyectarse más allá del núcleo del significado textual de la única norma incriminatoria para abrirse hacia opciones metatextuales sugeridas por principios y normas formal o axiológicamente superiores⁶⁶. En este último caso, puede darse el fenómeno según el cual la interpretación más elástica, en lugar de coincidir con la más desfavorable, como suele ocurrir, corresponde a la más favorable que, sin embargo, debería imponerse en razón del principio de *interpretación benévola*.

La secularización del derecho penal parece, en cambio, haber desechado las raíces romanistas, canónicas y teológicas de la duda razonable que, históricamente, nacieron y arraigaron sobre todo en la duda *in iure*, mientras que hoy en día el discurso sobre la duda razonable se agota casi por completo en la *quaestio facti*. Dado que no es posible repasar aquí las múltiples implicaciones de todo ello, podemos limitarnos a recordar la posición de la jurisprudencia italiana de legitimidad respecto a la aplicabilidad del principio de irretroactividad a la interpretación jurisprudencial desfavorable sobrevenida (el llamado *overruling in malam partem*). Partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que no permite la aplicación retroactiva de la interpretación jurisprudencial de una ley penal cuando el resultado de la interpretación no era razonablemente previsible en el momento en que se produjo la conducta⁶⁷, el Tribunal de Casación está de acuerdo en que la existencia de un contraste jurisprudencial excluye la imprevisibilidad de la decisión judicial que adopta una de las soluciones en conflicto, aunque sea minoritaria, y en consecuencia – de nuevo el Tribunal

⁶⁶ Me remito a M. CATERINI, *Il giudice penale come Ianus bifrons: un auspicabile «strabismo» interpretativo*, en *Politica del diritto*, 2017, p. 163 ss.

⁶⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1995, S. W. c. Reino Unido y C. R. v. Reino Unido; Id., 14 de abril de 2015, *Contrada c. Italia*. Sobre el tema, para todos, véase F. PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, en *Diritto Penale e Processo*, 2015, p. 1064 ss.; M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità del Estado por la falta de taxatividad/tipicidad de un derecho penal retroactivo formado judicialmente*, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2016, pp. 346 ss.; F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale*, en C. E. PALIERO, S. MOCCIA, G. DE FRANCESCO, G. INSOLERA, M. PELISSERO, R. RAMPIONI, L. RISICATO (eds.), *La crisi della legalità. Il 'sistema vivente' delle fonti penali*, ESI, Nápoles, 2016, p. 214 ss.

de Casación – en tales casos niega que se trate de una forma de retroactividad de la norma pertinente de fuente jurisprudencial⁶⁸.

Dejando de lado muchas otras posibles consideraciones, y limitándonos a recordar lo escrito anteriormente sobre la teoría del probabilismo, es evidente que si el criterio de la *benignior interpretatio* se implantara formalmente en el sistema penal italiano, las soluciones de la *overruling in peius* tendrían que ser opuestas a las que actualmente dicta el tribunal de la legitimidad. De hecho, como hemos visto, si la duda sobre la *quaestio iuris* deriva de una opinión seria y autorizada, como un precedente o una orientación jurisprudencial, la misma duda debe calificarse como razonable y disolverse a favor de la opción más favorable al acusado, sin necesidad siquiera de que dicha opción sea la más «probable», es decir, la más acreditada. Por lo tanto, no debe tratarse de una mera opinión, tal vez motivada, sino de un argumento racionalmente probado, de una doctrina cualificada, aunque no sea incontestable. De este modo, el propio papel de la doctrina podría ser menos marginal de lo que ha sido en los últimos tiempos con respecto al *law in action*. Por otro lado y obviamente, la seriedad de la opción más favorable también podría basarse en otros precedentes del Tribunal Supremo, incluso en sección simples, útiles para demostrar la no inverosimilitud de los argumentos *en melius*. Esta parece ser una forma adecuada de integrar la cultura del precedente con el principio del *favor rei*: una especie de vinculación relativa del *dictum* jurisprudencial sólo si es in *bonam partem*, especialmente si es del Tribunal Supremo.

Hasta que no consigamos crear un aparato judicial basado en la *benignior interpretatio* capaz de frenar concretamente el excesivo poder discrecional del llamado derecho vivo, probablemente siempre resonarán las palabras de San Alfonso de' Liguori: «Mundo te conocí. Adiós Tribunales»⁶⁹.

⁶⁸ Recientemente, ex plurimis, Casación Penal, Sec. V, 11 de septiembre de 2020, n.º 25944, y en ella otros copiosos precedentes citados, también de las Secciones Conjuntas.

⁶⁹ Sentencia recogida por A. M. TANNOIA, Vita di S. Alfonso Maria de Liguori, Marietti, Turín, 1880, p. 20, pronunciada por el Santo antes de abrazar el sacerdocio tras una desilusión en su vida forense por una derrota judicial.

CAPÍTULO XCII

SESGOS E INTERFERENCIAS DEL SISTEMA PENAL DE ADULTOS EN LA JUSTICIA PENAL JUVENIL. EL CASO COLOMBIANO

SUSANA ESCOBAR VÉLEZ

Profesional especializada de la Corte Constitucional de Colombia.
Doctora en Derecho por la Universidad de León. Profesora de Derecho Penal,
Universidad EAFIT, Medellín (Colombia)

I. INTRODUCCIÓN Y DEDICATORIA

Si hay un rasgo que caracteriza al profesor Javier de Vicente Remesal, a quien me honra poder homenajear con estas líneas, es su profunda humanidad. En lo personal y lo profesional, he sido testigo y destinataria de su generosidad sin límites y su empatía; palabra, esta última, quizás muy desgastada, pero que da nombre a una virtud escasa y cada vez más necesaria en un contexto social que con frecuencia nos arrastra al egoísmo.

Esa humanidad del profesor de Vicente ha sido, al mismo tiempo, una impronta de su quehacer como penalista, siempre orientado por la idea de que el derecho penal debe tener como centro al ser humano, y por la firme convicción de que la dogmática sólo tiene sentido cuando se pone al servicio de la solución de problemas sociales.

Estas son las razones que explican que, para este libro homenaje, haya elegido un tema que confronta nuestra labor como penalistas: la influencia del sistema penal de adultos, con sus propias lógicas y desajustes, en el tratamiento de la criminalidad juvenil. Y afirmo que es un tema que nos confronta porque, al menos en el contexto colombiano desde el cual escribo, la criminalidad

juvenil, pese a su incidencia e impacto social, ha sido abordada tradicionalmente como un asunto de segunda o tercera categoría, y en eso los penalistas tenemos también una cuota importante de responsabilidad.

Este texto es, entonces, al mismo tiempo, un llamado a centrar nuestra atención en el sistema de responsabilidad penal de adolescentes, a partir de unas primeras –y todavía muy preliminares– reflexiones que pretenden mostrar cómo las distorsiones y problemáticas del sistema penal de adultos han terminado por contaminar al sistema penal juvenil y por trasladar a este las disfuncionalidades de aquel, con todo lo que ello implica en términos de desconocimiento o flexibilización de las garantías que limitan y legitiman la intervención punitiva del Estado.

II. BREVE CARACTERIZACIÓN DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE ADOLESCENTES EN COLOMBIA

El Sistema de Responsabilidad Penal de Adolescentes en Colombia (en adelante, SRPA) se aplica a aquellas personas cuya edad está entre los 14 y menos de 18 años al momento de cometer el hecho punible. Este sistema tiene una regulación especial en la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y Adolescencia (CIA), que en su Libro II, y a partir del artículo 139, consagra los principios rectores (arts. 139-162), finalidad (art. 140), las autoridades y entidades que intervienen en el sistema (arts. 163-168), los mecanismos de reparación del daño (arts. 169-175), y el catálogo, descripción y criterios de imposición de las sanciones penales para adolescentes (arts. 177-189).

La expedición de esta ley marcó un cambio de paradigma en la concepción del adolescente en conflicto con la ley penal, que en la anterior legislación era considerado como un «menor en situación irregular», según los términos del Decreto 2737 de 1989 o Código del Menor. El nuevo SRPA pretendió acercarse más a la concepción del adolescente como sujeto de derechos, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 40 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño¹. No obstante, ese cambio de paradigma fue tardío, pues transcurrieron más de 15 años entre la ratificación de la mencionada convención por parte de Colombia, a través de la Ley 12 de 1991, y la entrada en vigor gradual²

¹ Cfr. Ministerio de Justicia y del Derecho, Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, hacia la protección integral y la justicia restaurativa, 2015, pp. 81, 85 ss.

² El artículo 216 del CIA dispuso que los artículos referidos a la ejecución del SRPA se implementarían «de manera gradual en el territorio nacional empezando el primero de enero de 2007 hasta su realización total el 31 de diciembre de 2009».

de los artículos del CIA que regulan el SRPA. Esto implica que en nuestro país estuvimos mucho tiempo bajo la vigencia de un Código del Menor que ya no se correspondía con el marco constitucional ni con la normativa internacional sobre el tratamiento de los adolescentes que ingresan al sistema penal.

A esa transición legislativa tardía se suma el hecho de que la regulación prevista en el CIA no es exhaustiva porque, en primer lugar, las conductas típicas por las cuales responden penalmente los adolescentes son aquellas descritas en la legislación penal de adultos (Ley 599 de 2000) y, en segundo lugar, el procedimiento aplicable a los adolescentes es también el previsto para los adultos, según la remisión expresa que en ese sentido hace el artículo 144 del CIA³. Esa remisión tiene dos excepciones: la primera, los aspectos para los cuales el CIA establece reglas especiales de procedimiento; la segunda, aquellas normas del proceso penal de adultos que sean contrarias al interés superior del adolescente⁴.

Quizás esa falta de exhaustividad en la regulación, y la consecuente dependencia del SRPA en la definición de las conductas típicas y el procedimiento penal aplicable a los adolescentes ha contribuido, al menos en parte, y como procuraré mostrar en los siguientes apartados, a que la lógica marcadamente punitivista del sistema de adultos termine trasladándose al sistema de adolescentes y distorsione, con ello, su «carácter pedagógico, específico y diferenciado», en los términos del artículo 140 CIA.

En este sentido, cabe afirmar que incluso el aspecto que mejor distingue al SRPA del sistema de adultos, esto es, el régimen de sanciones para los adolescentes, no escapa a la influencia de las decisiones político-criminales propias de la legislación penal común. En el siguiente apartado me dedicaré a profundizar en este último aspecto.

III. LA AMPLIACIÓN DE SUPUESTOS EN LOS QUE ES APLICABLE LA SANCIÓN PRIVATIVA DE LA LIBERTAD

El artículo 178 CIA señala que las sanciones penales para adolescentes tienen una finalidad «protectora, educativa y restaurativa». Por su parte, el artículo 177 CIA enlista estas sanciones en orden de menor a mayor gravedad, así: (i) la amo-

³ Este artículo dispone que «[s]alvo las reglas especiales de procedimiento definidas en el presente libro, el procedimiento del sistema de responsabilidad penal para adolescentes se regirá por las normas consagradas en la Ley 906 de 2004 (Sistema Penal Acusatorio), exceptuando aquellas que sean contrarias al interés superior del adolescente».

⁴ Por citar solo dos ejemplos, el CIA prohíbe los preacuerdos entre Fiscalía y Defensa (art. 157), y el juzgamiento en ausencia (art. 158).

nestación; (ii) la imposición de reglas de conducta; (iii) la prestación de servicios a la comunidad; (iv) la libertad asistida; (v) la internación en medio semicerrado, y (vi) la privación de la libertad en Centro de Atención Especializado (CAE).

Con respecto a esta última sanción, la más grave que prevé el ordenamiento jurídico colombiano frente al adolescente infractor de la ley penal, cabe destacar que, según lo dispuesto en el artículo 187 CIA, puede imponerse en los siguientes dos supuestos: en primer lugar, a los adolescentes entre 16 y menos de 18 años, hallados responsables de delitos cuya pena mínima para los adultos sea o exceda de 6 años de prisión (1 a 5 años de privación de libertad para los adolescentes); en segundo lugar, a los adolescentes entre 14 y menos de 18 años que cometan delitos de homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual (2 a 8 años de privación de libertad para los adolescentes).

De estas reglas pueden extraerse dos conclusiones principales: (i) la máxima sanción penal para un adolescente en Colombia es la de 8 años de privación de la libertad en un Centro de Atención Especializado; (ii) el primer supuesto deja en evidencia que, *en muchos casos, la sanción privativa de la libertad para un adolescente está ligada al marco punitivo establecido para los adultos*. Así, si este marco punitivo aumenta, y más delitos para los adultos están castigados con una pena de prisión de al menos 6 años, serán también muchos más los delitos por los cuales un adolescente puede ser privado de la libertad en Colombia.

En efecto, cabe afirmar que el universo de supuestos para los que procede este tipo de sanción ha crecido de manera desmedida, en vista de las elevadas penas consagradas en el Código Penal de adultos, y a ello se añade que los aumentos de penas ajenos a las dinámicas particulares de la criminalidad juvenil –piénsese, por ejemplo, en las reformas penales que atienden a motivos de «seguridad ciudadana»– pueden terminar convirtiendo a la privación de la libertad en una sanción procedente en el SRPA frente a delitos para los que hoy en día no lo es.

En este sentido, y según explica Sotomayor⁵, entre los años 2008 y 2019 se expidieron en Colombia cerca de 49 leyes penales, que implicaron la creación de unos 54 nuevos delitos. A ello se añade, como expone este autor, «un notorio incremento de la intensidad punitiva, esto es, un aumento de la duración de la pena de prisión, exclusión de beneficios y subrogados penales, introducción de

⁵ SOTOMAYOR ACOSTA, Reformas legales y justicia penal en Colombia. La lenta e imperceptible configuración de un modelo «eficientista», en: Ariza/Iturralde/Tamayo (coord.), Perspectivas sociojurídicas sobre el control del crimen, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2022, p. 144.

nuevas circunstancias de agravación punitiva, ampliación de las circunstancias en las que se puede incurrir en un delito, fortalecimiento de la detención preventiva, disminución de los derechos del procesado, etc.»⁶. Así, estas reformas que implican la creación de nuevos delitos en la legislación penal ordinaria, o el aumento de la duración de la pena de prisión para los adultos, incrementan también las conductas por las cuales responderán penalmente los adolescentes y las probabilidades de que estos reciban una sanción privativa de la libertad.

En definitiva, la regla prevista en el artículo 187 CIA conduce a que el régimen de sanciones del SRPA se encuentre sujeto a modificaciones sin la menor discusión político-criminal sobre su necesidad frente a las distintas manifestaciones de la delincuencia juvenil ni frente a los efectos de tales modificaciones para los adolescentes que ingresan al sistema. En esta medida, la finalidad protectora, educativa y restaurativa que debería orientar la imposición de una sanción privativa de la libertad en el SRPA queda invisibilizada, y en muchos casos anulada, por el carácter más retributivo y punitivista que inspira a la mayoría de las reformas penales en Colombia⁷.

IV. EL TRASLADO AL SRPA DE PROHIBICIONES PENSADAS PARA LOS ADULTOS

Las consideraciones de seguridad ciudadana o los fines simbólicos que están detrás de muchas de las reformas a la legislación penal común colombiana repercuten no solamente en el aumento de delitos que permiten la imposición de la sanción privativa de la libertad a los adolescentes, sino además en el traslado al SRPA de algunas prohibiciones pensadas también en clave del sistema penal de adultos.

Esta situación se refleja particularmente en el artículo 199 CIA, con respecto a la posibilidad de aplicación del principio de oportunidad que, según el artículo 323 del Código de Procedimiento Penal, «es la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas

⁶ SOTOMAYOR ACOSTA, Reformas legales y justicia penal en Colombia, 2022, pp. 144-145.

⁷ Ya BERNUZ BENEITEZ, en: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 07-12, 2005, p. 12:1, anticipó un fenómeno similar para el caso de la justicia juvenil en España, y señaló que «la justicia de menores ha dejado de ser un laboratorio de prácticas reinsertadoras exportables a la jurisdicción penal ordinaria, para pasar a ser una jurisdicción que se deja influenciar por tendencias penales que dejan de lado valores supuestamente básicos en un estado democrático y de derecho».

en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometido a control de legalidad ante el Juez de Garantías».

Pues bien, según el artículo 199 CIA, en supuestos de homicidio o lesiones personales dolosas, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes (NNA), se prohíben los beneficios y mecanismos sustitutivos. Pero ¿qué sucede, entonces, cuando el delito contra un NNA es cometido, a su vez, por un adolescente? Según el tenor literal del artículo 199 CIA, ello implicaría la imposibilidad de aplicar el principio de oportunidad en estos casos.

No obstante, en este punto es preciso destacar una decisión de la Corte Constitucional, la sentencia T-142 de 2019, que abrió la puerta a la aplicación del principio de oportunidad a los adolescentes infractores de la ley penal, también en los delitos a los que se refiere el artículo 199 CIA.

En esta sentencia, la Corte Constitucional revocó un fallo de la Corte Suprema de Justicia, que a su vez había dejado sin efectos la decisión que aplicó el principio de oportunidad en un supuesto de acceso carnal abusivo con menor de 14 años por parte de un adolescente⁸. Para la Corte, pese a que la norma del artículo 199 CIA persigue una finalidad constitucional imperiosa, en tanto la familia, la sociedad y el Estado están obligados a proteger a los NNA, aplicar esa prohibición en el caso concreto tendría como resultado una sanción penal desproporcionada e innecesaria.

Para llegar a esta conclusión, la Corte acudió a la figura que en Colombia se denomina como «excepción de inconstitucionalidad», derivada del artículo 4 de la Constitución, que permite inaplicar «para el caso concreto y con efectos *interpartes*, normas jurídicas por parte de cualquier autoridad, cuando se concluya que son contrarias a los postulados de la Constitución»⁹. No obstante, como se deriva de la anterior definición, la Corte advirtió que su decisión de inaplicar la prohibición contenida en el artículo 199 CIA no rige para todos los supuestos¹⁰, y por ello habrá que realizarse en cada caso un test de proporció-

⁸ Según los antecedentes relatados en la sentencia, «las relaciones sexuales entre los dos menores de edad fueron consentidas, la víctima y sus representantes no [querían] continuar con la acción penal y el adolescente infractor [había] asistido a cursos pedagógicos sobre el tema».

⁹ Sentencia T-142 de 2019.

¹⁰ En este sentido, en el fundamento jurídico 125 de la citada sentencia, la Corte señaló que su decisión «no implica que en todos los casos en los que un menor de edad sea el sujeto activo del delito que afecte contra la integridad y formación sexual de otro menor de edad, deba necesariamente concederse beneficios derivados del principio de oportunidad. De acuerdo con la información recaudada por la Corte Constitucional en el presente asunto, debe analizarse cada caso para determinar tanto la justificación del recurso al principio de oportunidad (la reparación del daño causado a la víctima y la adecuada participación de ésta en el marco de la solicitud de aplicación de la medida), como los efectos que generaría la sanción penal respecto del menor agresor para concluir si, en cada caso concreto, resulta factible la alter-

nalidad en sentido estricto, que permita establecer si en el supuesto bajo examen es posible o no aplicar el principio de oportunidad, pese a la mencionada prohibición legal.

Así, aunque la decisión de la Corte Constitucional marcó un precedente importante, el riesgo de aplicación a los adolescentes de las prohibiciones pensadas para los adultos sigue latente y su concreción dependerá, en gran medida, del criterio de los operadores del sistema.

V. ¿EXIGENCIA DE UN TIEMPO MÍNIMO DE EJECUCIÓN DE LA SANCIÓN PARA QUE PROCEDA SU SUSTITUCIÓN?

En el SRPA, y a diferencia de lo que ocurre en el sistema de adultos, el mismo juez que impone la sanción al adolescente es el competente para vigilar su ejecución (art. 177, parágrafo 2.º, CIA). Esto, por un lado, puede resultar positivo porque el juez tiene el mejor conocimiento del contexto, las circunstancias del adolescente y su proceso; pero, por otro lado, implica una altísima carga de trabajo y, con ello, menores posibilidades de hacer un seguimiento más cercano y permanente de la ejecución de la sanción, que haga más viable la sustitución de dicha sanción por otra menos grave.

Con respecto a esto último, es decir, a la posibilidad de sustitución de la sanción, el CIA hace dos menciones muy someras, pero no establece pautas claras sobre cuándo procede. Así, el inciso segundo del artículo 178 CIA señala que «[e]l juez podrá modificar en función de las circunstancias individuales del adolescente y sus necesidades especiales las medidas impuestas», y el inciso sexto del artículo 187 CIA, que hace referencia específica a la sanción privativa de la libertad, dispone que parte de esa sanción «podrá ser sustituida por cualquiera de las otras sanciones previstas en el artículo 177 [...] por el tiempo que fije el juez».

Como se desprende de ambas disposiciones, no existe un tiempo mínimo de cumplimiento de la sanción para que proceda su sustitución, e incluso existen jueces que en determinados casos sustituyen la sanción en la misma sentencia en la que la imponen. Sin embargo, algunos jueces de adolescentes sí exigen un tiempo mínimo de ejecución de la sanción para analizar la posibilidad de sustituirla, e incluso acuden al tiempo que el sistema de adultos estable-

natividad penal. También, debe recordarse que la concesión de beneficios como la alternatividad penal debe tomar en consideración también los derechos de las víctimas a la reparación integral, lo que debe ser examinado en desarrollo del control jurídico de legalidad, llevado a cabo por parte del juez de control de garantías».

ce para solicitar la libertad condicional, esto es, el cumplimiento de las tres quintas partes de la sanción.

En esta medida, el criterio del «impacto de la sanción en el desarrollo o la integración social del adolescente»¹¹, que debería ser la principal consideración del juez durante la etapa de ejecución de la sanción penal, se sustituye por un criterio meramente temporal, pensado para un sistema de adultos en el que, además, se prevé la posibilidad de redimir pena por estudio o trabajo, figura que es ajena a la dinámica del sistema de adolescentes. Nuevamente, entonces, las instituciones propias del SRPA terminan permeadas o, más bien, contaminadas por un enfoque centrado en el sistema penal de adultos, y que debería obedecer a principios, finalidades y concepciones político-criminales diferentes.

VI. OBSTÁCULOS PARA LA DESCRIMINALIZACIÓN DE CONDUCTAS EN EL SRPA

La dependencia del SRPA frente al sistema de adultos, también en lo que tiene que ver con las conductas típicas por las cuales pueden responder penalmente los adolescentes (las mismas de los adultos, como ya advertí en el apartado II de este trabajo), ha implicado un obstáculo adicional para cualquier propuesta de descriminalización en el ámbito de la justicia juvenil en Colombia.

En efecto, estas propuestas de descriminalización, que siguen la senda de las llamadas «cuatro D» impulsadas por la Convención de los Derechos del Niño (desjudicialización, desinstitucionalización, descriminalización y debido proceso¹²), buscan que ciertas conductas, por ejemplo aquellas de escasa lesividad, no se castiguen cuando son cometidas por adolescentes. No obstante, y como lo advirtió en su momento el Ministerio de Justicia y del Derecho, «[l]a dificultad de la descriminalización radica en que las conductas por las cuales se juzga a los adolescentes son las mismas por las que se judicializa a los adultos»¹³, a lo que añadió que «[u]na reducción de las mismas dejaría por fuera conductas cometidas por adultos, lo que impediría operar bajo un mismo

¹¹ Cideni, Estándares comunes para Iberoamérica sobre determinación y revisión judicial de sanciones penales de adolescentes, 2019, estándar número 23: proporcionalidad entre el delito y la severidad de la sanción efectivamente ejecutada como una consideración secundaria. Documento disponible en: <http://www.cideni.org/wp-content/uploads/2019/11/Esta%CC%81ndares-comunes-para-Iberoame%CC%81rica-determinacio%CC%81n-sanciones-adolescentes-CIDENI.pdf>

¹² Cfr. BERNUZ BENEITEZ, en: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 07-12, 2005, p. 12:6.

¹³ Ministerio de Justicia y del Derecho, Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, hacia la protección integral y la justicia restaurativa, 2015, p. 136.

código penal»¹⁴. Esta afirmación del Ministerio deja abierto un interrogante que supera los límites trazados en este trabajo, pero que planteo para futuras investigaciones: ¿sería conveniente el desarrollo de un código penal propio para los adolescentes?

Con independencia de la respuesta a la que se llegue, lo que quiero mostrar en este apartado es que, una vez más, las consideraciones político-criminales sobre la delincuencia adulta terminan bloqueando las posibilidades de un sistema de justicia penal juvenil que se acerque más al «carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema de adultos», tal como se prevé en el art. 140 CIA.

VII. SELECTIVIDAD DEL SISTEMA PENAL DE ADOLESCENTES: LA CRIMINALIZACIÓN DE LA POBREZA

Si bien en este trabajo no me detendré a profundidad en las condiciones de ejecución de la sanción privativa de la libertad para adolescentes en Colombia¹⁵, es posible afirmar que, también en este aspecto, dichas condiciones se acercan, en muchos de los Centros de Atención Especializados, a las del sistema penitenciario y carcelario de adultos, frente al que la Corte Constitucional ha declarado la existencia de un «estado de cosas inconstitucional»¹⁶, debido a la vulneración sistemática y masiva de derechos fundamentales. En este sentido, y como lo describen Vallejo/Tamayo, «persiste en un buen número de centros las condiciones de precarización de las personas jóvenes; la infraestructura, los programas y los procesos de reinserción social se encuentran bajo parámetros que contradicen la Constitución, las normas de control de convencionalidad, los derechos de los y las jóvenes, los principios y los fines de la sanción privativa de la libertad»¹⁷.

Ahora bien, en este apartado quiero referirme más específicamente a la selectividad del sistema penal, y, en consecuencia, a la criminalización de la pobreza que, como sucede en el sistema de adultos, está también presente en el SRPA.

¹⁴ Ministerio de Justicia y del Derecho, Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, hacia la protección integral y la justicia restaurativa, 2015, p. 136.

¹⁵ Para ello remito al completo informe preparado por VALLEJO JIMÉNEZ/TAMAYO PALACIO: Informe Nacional de Colombia, en: *Personas Adolescentes Privadas de Libertad en Iberoamérica: Análisis Comparado a la luz de los estándares internacionales en materia de infancia y adolescencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, en prensa.

¹⁶ V., sentencias T-388 de 2013, T-762 de 2015 y la más reciente SU-122 de 2022, en la que la Corte extendió esta declaratoria a los llamados centros de reclusión transitoria

¹⁷ VALLEJO JIMÉNEZ/TAMAYO PALACIO: Informe Nacional de Colombia, en: *Personas Adolescentes Privadas de Libertad en Iberoamérica: Análisis Comparado a la luz de los estándares internacionales en materia de infancia y adolescencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, en prensa, p. 127.

En efecto, ya en una caracterización de los adolescentes que ingresan al SRPA, presentada por el Ministerio de Justicia y del Derecho en 2015¹⁸, se señalaba que la mayoría de estos adolescentes son hombres¹⁹; de estratos socioeconómicos bajos; provenientes de familias desestructuradas, con conductas violentas, que proporcionan un ambiente de riesgo, más que protector²⁰. También en 2020, la Procuraduría General de la Nación presentó un informe en el que añadía otros factores de caracterización de los adolescentes que ingresan al SRPA y entre los cuales destacan que un 12.50 % tienen hijos, y un 70 % son consumidores de drogas alucinógenas.

Lo dicho hasta aquí da cuenta de que las condiciones de especial vulnerabilidad de la mayoría de adolescentes que ingresan al sistema penal en nada difieren de las de los adultos: pobreza, bajo nivel de escolaridad, paternidades o maternidades tempranas, consumo de estupefacientes, familias desestructuradas y carencia de entornos protectores. En definitiva, ambos son sistemas selectivos que terminan criminalizando la pobreza.

En este sentido, son frecuentes las decisiones en las que la situación de extrema vulnerabilidad del adolescente se convierte en el factor determinante para la imposición de una sanción privativa de la libertad, bajo el argumento de que con ello se busca proteger sus derechos, pese a que esta sanción, de acuerdo con los instrumentos internacionales, debe ser aplicada excepcionalmente y como último recurso.

Llama la atención en este punto una decisión de la Corte Suprema de Justicia²¹, en la que, ante la imposibilidad de imponer una sanción privativa de la libertad en un supuesto de tentativa de hurto calificado, pues no se satisfacía la exigencia de que el delito estuviera castigado para los adultos con una pena mínima de al menos 6 años de prisión, la Corte impuso la sanción de internamiento en régimen semicerrado (sin la posibilidad de aplicar las restricciones de horario), toda vez que se trataba de un adolescente habitante de calle, desescolarizado y consumidor de sustancias psicoactivas. Para la Corte Suprema, el adolescente debía «cumplir con las exigencias propias del programa de rehabilitación al que [sería] vinculado, incluido el internamiento o permanencia constante en la institución, mientras [avanzara] la intervención». Esto, de fac-

¹⁸ Ministerio de Justicia y del Derecho, Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, hacia la protección integral y la justicia restaurativa, 2015, p. 117.

¹⁹ Para ese momento se trataba de un porcentaje de 88,8 % de hombres. V., Ministerio de Justicia y del Derecho, Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, hacia la protección integral y la justicia restaurativa, 2015, p. 117.

²⁰ Ministerio de Justicia y del Derecho, Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, hacia la protección integral y la justicia restaurativa, 2015, p. 117.

²¹ SP1143-2019.

to, constituye una sanción privativa de la libertad, aunque se rotule con una etiqueta diferente y se justifique con argumentos de protección.

En esa medida, suscribo aquí lo dispuesto en los Estándares comunes para Iberoamérica sobre determinación y revisión judicial de sanciones penales de adolescentes, según los cuales, «[l]a justicia juvenil, dado que se apoya en el empleo de un medio negativo –la sanción penal–, no puede encontrar su razón de ser en las necesidades de las y los adolescentes –necesidades *a las que se responde mejor con las políticas sociales y de protección de derechos*–, sino en la circunstancia de que los delitos perpetrados por adolescentes afectan intereses individuales y sociales, cuya protección requiere una intervención formal de parte de la justicia»²² (cursivas fuera del original). Así –y esto es trasladable también al sistema de adultos–, mientras más y mejores políticas sociales se implementen, menos necesaria y más limitada podrá ser la intervención penal.

VIII. COMENTARIO FINAL

En este trabajo he querido presentar algunas de las situaciones que demuestran cómo el sistema penal juvenil en Colombia se ha dejado arrastrar, en muchos casos, por las dinámicas propias del sistema penal de adultos y, con ello, las distorsiones y desajustes de este se han trasladado a aquel y han debilitado sus garantías y su carácter pedagógico, específico y diferenciado.

Con ello no desconozco los esfuerzos que se han venido realizando por parte de los operadores del SRPA, sobre todo en la implementación de un enfoque de justicia restaurativa del que, sin duda, el sistema de adultos tiene mucho que aprender. No obstante, los esfuerzos deben apuntar también a contrarrestar los sesgos e interferencias de este sistema en el de adolescentes. Esto último implica, a su vez, que los penalistas empecemos a tomarnos más en serio las problemáticas del SRPA, y a comprometernos con su progresiva humanización. Con estas líneas he pretendido dar un primer paso en esa dirección.

²² Cideni, Estándares comunes para Iberoamérica sobre determinación y revisión judicial de sanciones penales de adolescentes, 2019, estándar 4 a). Documento disponible en: <http://www.cideni.org/wp-content/uploads/2019/11/Esta%CC%81ndares-comunes-para-Iberoame%CC%81rica-determinacio%CC%81n-sanciones-adolescentes-CIDENI.pdf>

CAPÍTULO XCIII

YA SABE POR QUÉ ESTÁ AQUÍ. REFLEXIONES SOBRE LA INFORMACIÓN DE DERECHOS A LA PERSONA INVESTIGADA

JOSÉ MANUEL GARCÍA SOBRADO

Abogado. Exprofesor Asociado de Derecho Penal. Universidad de Vigo

I. INTRODUCCIÓN

Desde que el Profesor Javier de Vicente Remesal obtuvo su Cátedra de Derecho penal en la Universidad de Vigo en el año 1993, además de haber forjado con él una intensa y entrañable amistad, hemos compartido innumerables y agradables conversaciones sobre la práctica del Derecho penal. En ellas, aportando yo mi modesta visión desde el ejercicio profesional de la Abogacía, contrastamos una y otra vez la distancia que media, en muchos casos, entre la práctica del ejercicio del poder punitivo y la elaboración doctrinal del Derecho penal (basada en la legalidad). Sobre esta última me he enriquecido en cada ocasión con los profundos conocimientos de Javier: un académico sólido, solvente y coherente. Por tal motivo, mi contribución a este merecido homenaje tiene el propósito de reflexionar sobre la contradicción entre la legalidad y la praxis en un ámbito concreto: el del derecho de defensa y la asistencia letrada en relación con la información de derechos a la persona investigada, tema que –entre tantos otros– habrá ocupado con seguridad más de una de aquellas conversaciones.

Previo al desarrollo de cualquier otro tipo de consideración jurídica, es preciso señalar que uno de los criterios interpretativos de la legalidad más claramente establecidos desde la recuperación de la democracia en España se

plasmó en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), según el cual: «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos». Se reconoce, por tanto, un valor preeminente a las interpretaciones que en materia constitucional haya sentado el más alto intérprete y guardián de la Constitución: el Tribunal Constitucional. Este efecto *erga omnes* ya se encontraba también expresamente previsto con anterioridad en el artículo 38 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC).

Desde el inicio de su andadura, y de manera reiterada, el Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto que los requisitos formales que afectan al proceso penal no son valores independientes que tengan sustantividad propia, sino que solo sirven en la medida en que son instrumentos para conseguir una finalidad legítima. Y el Tribunal conecta dicha concepción con el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva y con la proscripción de la indefensión. En el desarrollo de esta línea jurisprudencial ha venido indicando que la valoración de los requisitos formales y de las normas que los instituyen debe inspirarse en las ideas de la finalidad del requisito y de la exigencia de proporcionalidad entre el defecto o falta formal y su sanción jurídica. Es decir, debe optarse por una interpretación de la legalidad ordinaria en el sentido que resulte más favorable a la efectividad del derecho fundamental, como ha señalado la Sentencia del Tribunal Constitucional 87/1986, de 27 de junio, en su fundamento jurídico tercero (con cita de la anterior Sentencia del mismo Tribunal 19/1983, de 14 de marzo).

En las presentes líneas voy a referirme a un requisito formal, que considero uno de los esenciales en el proceso penal desde el punto de vista material, y que resulta imprescindible para evitar la indefensión a la persona investigada, permitiéndole el efectivo derecho de defensa. Al mismo tiempo, constituye un requisito imprescindible para que el órgano judicial encargado de la causa pueda hacer realidad el derecho a la tutela judicial efectiva. Ese requisito no es otro que el de la información de derechos a la persona investigada. Información de derechos que –cabe recordar– debe efectuarse adecuadamente, tanto en sede policial como en sede judicial. En estas breves líneas pretendo poner de manifiesto la contrariedad manifiesta de la praxis habitual con los principios constitucionales del derecho de defensa y de tutela judicial efectiva.

II. EL MARCO LEGAL DE LA INFORMACIÓN DE DERECHOS A LA PERSONA INVESTIGADA

Para situar el problema en su marco legal, debemos mencionar en primer lugar que, tanto el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como, finalmente, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, consagran el derecho a la libertad y la seguridad de las personas y el derecho de defensa.

La Unión Europea hace ya tiempo que mostró preocupación por la necesidad de establecer normas detalladas sobre la protección de las garantías y los derechos procesales. Con este objetivo, en el año 2009, el Consejo Europeo aprobó un plan de trabajo orientado a reforzar los derechos procesales de las personas investigadas en un procedimiento penal, incorporándolo al denominado Programa de Estocolmo¹ que, recogiendo el testigo de las conclusiones aprobadas en el Consejo Europeo celebrado en Tampere el 15 y 16 de octubre de 1999, venía a establecer las prioridades de la Unión Europea en su objetivo de creación del pretendido «Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia» durante el periodo 2010-2014.

En desarrollo de las medidas precisas, el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron la Directiva 2012/13/UE, relativa al derecho a la información en los procesos penales, que tiene por objeto, según refiere su artículo 1, el establecimiento de normas relativas al derecho de las personas sospechosas o acusadas a recibir información sobre sus derechos en los procesos penales y sobre las acusaciones formuladas contra ellas, así como el establecimiento del derecho de las personas objeto de la ejecución de una orden de detención europea a la información sobre sus derechos.

La Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril (en adelante, LO 5/2015), por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim) y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer tanto la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y traducción en los procesos penales como la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, modificó la LECrim, dando nueva redacción a sus artículos 118, 302, 505.3, 520.2, 3 y 5, y 775.

¹ <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/the-stockholm-programme.html> (fecha de consulta: 04/09/2023).

Unos meses después, la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre (en adelante, LO 13/2015), de modificación de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas, reformó de nuevo los artículos 118, 520; introdujo un nuevo artículo 520 ter y modificó el artículo 527 (entre otros).

En lo que ahora nos interesa, el artículo 118 LECrim, relativo al derecho de defensa, recoge expresamente el derecho a ser informado de los hechos imputados y sus modificaciones y el derecho a examinar las actuaciones.

El Convenio para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales proclama que «toda persona detenida preventivamente debe ser informada, en el más breve plazo y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella» (artículo 5.2). Además, reconoce el derecho del acusado a «ser informado en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él y a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa» (artículo 6.3).

En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos proclama en su artículo 9.2 que «Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella». Y en el artículo 14.3 declara: «Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella».

Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva en el artículo 47 y el respeto del derecho de defensa de todo acusado en su artículo 48.2.

La Directiva 2012/13/UE, establece en su artículo 3 («derecho a la información sobre los derechos») la obligación de los Estados miembros de garantizar que las personas sospechosas o acusadas reciban con prontitud información acerca de una serie de derechos procesales mínimos, a fin de permitir su ejercicio efectivo. En particular, la norma europea concreta y desarrolla, por lo que aquí interesa, los siguientes: el derecho a recibir información sobre la acusación (artículos 6.1, 6.3 y 6.4) y sobre los motivos de la detención (artículo 6.2); y el derecho de acceso a los materiales del expediente, donde de nuevo se distingue entre aquellos relativos a los motivos de la detención o

privación de libertad (artículo 7.1) y los concernientes a la propia acusación (artículo 7, apartados 2, 3 y 4)².

Las anteriores vertientes del derecho de información en el proceso penal previstas en la Directiva 2012/13/UE tienen también su reflejo en la regulación contenida en la LECrim, según la redacción derivada de las ya mencionadas LO 5/2015 y 13/2015. Se reconoce el derecho del investigado a ser informado de los «hechos que se le atribuyan, así como de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados», información que debe facilitarse «con el grado de detalle suficiente para permitir el ejercicio efectivo del derecho de defensa» [artículos 118.1.a) y 775 LECrim]; y a «tomar conocimiento de las actuaciones» (salvo declaración de secreto, artículo 302 LECrim).

De lo anterior se colige de modo diáfano cuál es el alcance y contenido del derecho a la información de la persona investigada, detenida o no. Existe, por tanto, una normativa legal que, en su desarrollo, cumple ampliamente las expectativas del derecho de defensa de la persona a la que se le imputa un hecho delictivo en el marco de un procedimiento penal.

Pero, pasemos ahora a la praxis, bastante extendida, que se observa en sede policial e incluso en sede judicial. ¿Qué ocurre en las dependencias policiales y en los Juzgados con esas garantías legalmente proclamadas de manera tan precisa y rotunda?

III. LA ACTUACIÓN EN SEDE POLICIAL

En sede policial, ha venido siendo habitual (y continúa siéndolo) la negativa de los miembros de las fuerzas policiales a entregar el atestado al investigado o a su abogado/a antes de proceder a la toma de declaración. Es endémica la controversia por ese tema, que se ha prolongado en el tiempo. Esa discusión se origina por la demanda de muchos abogados y abogadas, que han venido exigiendo la entrega de copia del atestado antes de la declaración. La persistente negativa (por regla general) por parte de los miembros policiales a facilitar dicha copia, actualiza y mantiene vivo el debate.

Para dar solución a esa inadecuada y tradicional actuación policial –que, como se desprende de la actuación del Parlamento europeo, no es exclusiva de nuestro país– se aprobó la ya mencionada Directiva 2012/13/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho

² Sobre el contenido concreto de estos derechos contemplados en la norma europea, vuelvo en los apartados siguientes.

a la información en los procesos penales, que en su artículo 7.1, bajo el título de «derecho de acceso a los materiales del expediente» estableció que: «Cuando una persona sea objeto de detención o privación de libertad en cualquier fase del proceso penal, los Estados miembros garantizarán que se entregue a la persona detenida o a su abogado aquellos documentos relacionados con el expediente específico que obren en poder de las autoridades competentes y que resulten fundamentales para impugnar de manera efectiva, con arreglo a lo establecido en la legislación nacional, la legalidad de la detención o de la privación de libertad».

La garantía consagrada en ese artículo 7.1 de la norma europea tuvo su reflejo, en la normativa interna española, a través de la nueva redacción dada al artículo 520.2.d) de la LECrim por la LO 5/2015, de 27 de abril³, de transposición de la Directiva. Este precepto (trasladando al ordenamiento interno, de modo casi literal, el tenor de la disposición europea) reconoce, entre los derechos de información que asisten a toda persona detenida o presa, el «derecho de acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad».

Se trata de una garantía que no permite ser interpretada en términos de fraccionamiento de los derechos de la persona detenida, ni puede entenderse materialmente cumplida con la entrega parcial del atestado. Antes bien, cuando la Directiva se refiere a los «Documentos relacionados con el expediente específico que obren en poder de las autoridades competentes y que resulten fundamentales para impugnar de manera efectiva» (previsión trasladada casi literalmente a la legalidad ordinaria española) no puede referirse a otra cosa que a la entrega del atestado *en su integridad*⁴, salvo supuestos excepcionales y específicos en los que se considere que es preciso mantener la información en secreto, en aras de proteger a las víctimas (en casos de delitos de terrorismo) o en aquellos supuestos en los que, por su gravedad, se pueda entender que se procederá a la incomunicación del detenido o al carácter de reservado o secreto de las actuaciones. Solo estos últimos casos harán excepción a la obligación de entrega de la copia, remitiéndose a la declaración judicial y a la decisión del juez competente para la información que se precise en su caso. En consecuencia, la no entrega del atestado se convierte en la excepción, y no en la regla general (como, sin embargo, es habitual en la práctica).

³ En vigor, desde el 28 de octubre de 2015.

⁴ Entiéndase aquí por «atestado íntegro» el total de las actuaciones policiales que hayan sido practicadas, hasta ese momento de la toma de declaración con asistencia letrada.

El problema, no acaba con la negativa a la entrega del atestado, sino con la limitación a la información de derechos del investigado, pues tal información se circunscribe *de facto* a un procedimiento formulario con la puesta a la firma de una reproducción del artículo 118 de la LECrim. Y en ese «copia y pega» suele estar ausente, como norma general, algo elemental para la defensa, cual es la información relativa a los hechos concretos que constituyen el objeto de la imputación. Frente a ello, en la mayoría de los casos se limita a la calificación jurídica: un robo, un atentado, una estafa,...etc.

IV. LA PRAXIS EN SEDE JUDICIAL

La práctica a la que me he referido en sede policial se reproduce también, para mayor asombro, en la mayoría de las ocasiones, en sede judicial.

Para poner de manifiesto esta realidad, lo mejor es acudir a ejemplos. Obviamente, considero que no sirven de ejemplo los que se refieren a casos mediáticos, pues ahí, la dinámica parece ser diferente. Sirva a este respecto como ilustrativo, sin ánimo exhaustivo, el Auto del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2017, dictado en el recurso 20907/2017, seguido por el procedimiento de Causa Especial, de la que fue Magistrado Instructor Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde⁵.

Volviendo a los ejemplos que me interesan, para una mejor aproximación al problema y a su persistencia en la actualidad, me referiré a algunos de los más recientes que yo conozco.

En primer lugar, cabe mencionar la cédula de citación de 3 de mayo de 2023, del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Ourense, notificada el 4 de agosto de 2023, en la que se cita a una persona para comparecer ante el Juzgado, a fin de prestar declaración en calidad de investigado, con la siguiente información sobre los hechos: «sobre ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS ocurrido el 20 de junio de 2022 en Ourense» (mayúsculas en el original).

⁵ Resolución que figura (sin número) en la base de datos de jurisprudencia del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), con referencia ECLI: ES: TES:2017:12204A, y en cuyo razonamiento jurídico único se recoge: «Por ello, la plena operatividad del estatuto de defensa que recogen los artículos 118 y concordantes de la LECRIM, impone comunicar la existencia del procedimiento a estos 4 nuevos encausados, así como las sospechas que sobre ellos se ciernen, con instrucción de los derechos que les asisten de conformidad con el artículo indicado y de su posibilidad de ejercerlos de manera inmediata». Y en su parte dispositiva: «Comuníquese la existencia del procedimiento a estos nuevos investigados, así como las sospechas que sobre ellos se ciernen, con instrucción de los derechos que les asisten de conformidad con el artículo 118 de la LECRIM, así como de su posibilidad de ejercerlos de manera inmediata».

Es evidente que las cédulas de citación a las que me refiero son documentos de los autos a los que solo tienen acceso las partes y el propio órgano judicial. Quiero con ello decir que, a diferencia de lo que ocurre con las resoluciones judiciales (que tienen carácter público), estos otros documentos, de los que en gran medida depende el verdadero ejercicio efectivo de los derechos fundamentales, permanecen ocultos a los ojos de cualquier tercero⁶.

Sentado lo anterior, y volviendo a la cédula que he seleccionado como primer ejemplo, de ella se desprende:

a) Que los únicos datos que se reflejan son: la fecha, la atribución de la autoría y la calificación jurídica. De ese texto se colige la ausencia de información sobre los hechos concretos imputados. Con la cédula de citación tampoco se acompaña la denuncia o atestado, y

b) Que si observamos la fecha del supuesto delito –que no «hecho»– (20 de junio de 2022), resulta evidente que la demora judicial en la tramitación y comunicación de la existencia de la causa, impide de forma manifiesta una adecuada defensa. Porque ha transcurrido más de un año desde el supuesto acaecimiento del hecho imputado, hasta el momento de la notificación de la existencia del procedimiento.

Normalmente, si se efectúa una reclamación por esa omisión, la respuesta ordinaria del órgano judicial (al menos, en la práctica que conozco) será que el investigado, con esa notificación por medio de la cédula, conoce la existencia del procedimiento y, por lo tanto, tiene la posibilidad de tomar cuenta de las actuaciones, derivando así la responsabilidad de conocer los hechos al propio investigado, con dejación de la obligación judicial de informar sobre ellos. En otras palabras: se pretende con ello justificar la omisión del cumplimiento de la obligación establecida en el apartado 5 del artículo 118 de la LECrim, cuando dispone: «La admisión de denuncia o querrela, y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, serán puestas inmediateamente en conocimiento de los presuntamente responsables». Lo cierto es que no solamente en el caso señalado, sino en muchos otros, esa omisión y la inmediatez está ausente, con las dificultades que implica para la adecuada defensa. ¿Cómo puede un sujeto previsiblemente –o, lo que es lo mismo, presuntamente, desde el punto de vista legal– inocente,

⁶ Por ello –y más allá del valor que pueda tener mi palabra–, para la comprobación de lo que afirmo, solo puedo brindar al lector/a el acceso personal y directo a los documentos auténticos a los que me refiero (o a otros similares de compañeros o compañeras de profesión, que puedan acreditar lo que aquí sostengo).

conocer aquello de lo que se le acusa y de lo que debe defenderse frente al Estado?

De lo anterior se deriva, además (aunque de modo implícito) que, con fecha desconocida, tuvo que haberse dictado el correspondiente Auto de incoación de diligencias previas, que se ha mantenido en secreto para el investigado (en tanto que la cédula a que se ha hecho referencia es la primera comunicación que la persona recibe del Juzgado). La conclusión que se alcanza es que el procedimiento penal se encontró durante todo ese tiempo en situación que podríamos denominar como «diligencias indeterminadas», sin que el órgano judicial hubiere procedido de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 779 LECrim, que establece que las diligencias pertinentes se han de practicar sin demora, para que el Juez realice la valoración a que se refiere el expresado precepto. En definitiva, se ha mantenido a la persona investigada en el desconocimiento de aquella inicial resolución (Auto de incoación), impidiendo consiguientemente que pueda ejercitar sus derechos como tal investigado, incluyendo, en su caso, la interposición de los recursos pertinentes contra dicha resolución, establecidos en el artículo 766 LECrim.

Otro ejemplo reciente es la información de derechos en el Juzgado de Instrucción núm. 3 de los de Ourense el día 14 de septiembre de 2023, en la que el acta de información de derechos se limita a reproducir el artículo 118 LECrim, sin hacer referencia a los hechos, ni tan siquiera a la calificación jurídica.

Así podríamos seguir repitiendo ejemplos de una práctica habitual en sede policial y en los Juzgados, que pone de manifiesto una burocratización de los procedimientos. Y a ello ha de añadirse que, en la mayoría de los casos, la práctica de las declaraciones en fase de instrucción, se lleva a cabo sin la presencia del/de la Juez ni del Letrado o Letrada de la Administración de Justicia (por más que, en la documentación de dichos actos procesales, que luego se incorpora a los autos, sí figure formalmente la intervención de aquellos).

V. SOBRE EL DESARROLLO DEL PROCESO

La carencia de información en el momento de la comunicación de la imputación, no se limita a los momentos iniciales, sino que continúa a lo largo del procedimiento.

El Auto por el que se acuerda la transformación del procedimiento ha de contener, por así estipularlo el artículo 779.4 LECrim, la determinación de los hechos punibles. No obstante, si observamos a título ejemplificativo el Auto de 9 de junio de 2023, dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de los de Ouren-

se en Diligencias Previas 161/20323⁷, observamos que se limita simplemente a decir: «Desprendiéndose de lo actuado que los hechos denunciados pudieran ser constitutivos de un presunto delito de CONDUCCIÓN BAJO INFLUENCIAS BEB. ALCOHÓLICAS/DROGAS» (*Sic* y mayúsculas en el original).

Recurrido dicho Auto en apelación, podemos conocer la interpretación de la aplicación del artículo 779.1.4.^a LECrim en el caso anterior, que se refleja en el auto de la Audiencia Provincial de Ourense de 24 de julio de 2023⁸, en el sentido siguiente:

«La exigencia de que en la resolución del artículo 779.1.4.^a se determinen los hechos punibles se introduce por la LO 38/02, de 24 octubre, que como tal es una concreción puramente fáctica. Dicho lo cual para apreciar la nulidad es necesario que esta falta de concreción fáctica sea causante de indefensión. Lo que en modo alguno se verifica en el presente supuesto por cuanto los hechos punibles se determinan por remisión al atestado de la Guardia Civil de Tráfico por unos hechos de estructura tan sencilla como son los investigados, esto es, conducción bajo los efectos de las bebidas alcohólicas».

La interpretación del artículo 779.4 LECrim que efectúa la AP resulta, en mi opinión, manifiestamente contraria al mandato legal. Argumentar que, como es «una concreción puramente fáctica», se puede prescindir de ella, supone sortear de manera patente y ostensible el precepto previsto en la ley procesal.

Más aún: para tratar de argumentar esta solución (argumentación que, como en otros muchos casos, se limita casi exclusivamente a la remisión por reproducción literal de la jurisprudencia aplicable), sostiene: «Y es que la falta de concreción detallada de hechos punibles ha de ser causante de indefensión, teniendo en cuenta la naturaleza del delito, su estructura, o la pluralidad delictiva. Así en el ámbito de la jurisprudencia menor no se entiende cumplido el requisito de `determinación de hechos punibles´: cuando en el auto se refieren varios episodios de malos tratos físicos, psíquicos y amenazas sin mayores puntualizaciones (Auto AP Guipúzcoa, Sección 1.^a, de 25.1.2005), cuando se refiere simplemente que se trata de un delito contra los derechos de los trabajadores o favorecimiento de inmigración ilegal (Auto AP de Madrid, Sección 5.^a, de 13.6.2005), cuando se indican tres delitos de apropiación indebida y tres delitos de deslealtad profesional sin mayores especificaciones (Auto de AP de Barcelona, Sección 2.^a, de 17.3.2004)». Es decir, que para llegar a la

⁷ De nuevo aquí, la posibilidad de acceso al Auto al que me refiero –y aun tratándose en este caso de una resolución judicial– resulta, cuando menos, escasa (pues no me consta que haya sido publicado en fuentes de acceso público, a las que poder remitir al lector).

⁸ Resolución que tampoco se encuentra accesible (al menos, a la fecha de finalización de este trabajo) en la base de datos de jurisprudencia del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj).

conclusión a que llega (esto es, que en el caso no ha habido indefensión), se citan ejemplos que, en buena lógica, deberían haber dado lugar a la solución justamente contraria.

El breve desarrollo anterior, ha tenido como finalidad poner de manifiesto (a partir de ejemplos concretos y reales) la muy frecuente interpretación retorcida de los derechos fundamentales del investigado por parte de la policía y de los órganos judiciales y una práctica contraria a las garantías, que resulta inadmisibles en un Estado de Derecho.

De todo ello debemos cuestionarnos si con esa praxis y esa interpretación jurisprudencial se está cumpliendo el principio de legalidad penal y si se respetan realmente los derechos del investigado reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, precepto que consagra que la pena ha de ser administrada por las autoridades constituidas por la Ley y en virtud de un proceso legal. Necesariamente la respuesta ha de ser negativa y, en consecuencia, algo ha de cambiar para dar cumplimiento a una Directiva dictada hace ya veinte años, para que no sigamos en esa línea denunciada, en la que se repite con tanta frecuencia esa aseveración de ¡Ya sabe por qué está aquí!

Nota final: Constituye para mí un honor participar con esta breve contribución en el homenaje al Profesor Dr. h. c. Javier de Vicente Remesal, quien, con independencia de su excelente e indudable valía profesional, resalta por ser el «hombre bueno» al que se refería el artículo 470 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su originaria redacción, y de cuya amistad me honro, deseando que su jubilación sea efectivamente jubilosa.

CAPÍTULO XCIV

LA DOCTRINA DEL «DAÑO DESPROPORCIONADO» EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA DEL ANESTESISTA

PILAR GUTIÉRREZ SANTIAGO

Catedrática de Derecho Civil. Universidad de León

I. REGLAS GENERALES DEL *ONUS PROBANDI* EN RESPONSABILIDAD CIVIL ANESTESIOLOGICA, PRINCIPIOS DE FACILIDAD Y DISPONIBILIDAD PROBATORIA Y SU RELACIÓN CON LA TEORÍA DEL «DAÑO DESPROPORCIONADO»

El actual empleo generalizado de la anestesia en toda intervención quirúrgica o acto médico mínimamente invasivo, sumado al dato irrefutable de que las técnicas anestésicas comportan *per se* riesgos intrínsecos para la vida e integridad física del paciente, hacen que el ejercicio de la especialidad de *Anestesiología y Reanimación* sea fuente inagotable de pleitos de responsabilidad civil por daños. Desde la premisa de que la obligación del anestesista es *de medios*¹, son incontables las resoluciones judiciales que, al amparo de la normativa general de la responsabilidad civil (principalmente extracontractual, *ex art.* 1902 CC), resuelven supuestos de mala praxis y negligencias anestési-

¹ Dada la ingente cantidad de sentencias que toman partido por la configuración jurídica de la obligación (contractual o extracontractual) del anestesista como una obligación *de medios* o de actividad y no de resultado, baste mencionar, *ad exemplum*, la STS Sala 1.ª 12 abril 2016 (RJ 2016\1334), en el plano de la sanidad pública la STS Sala 3.ª 18 diciembre 2017 (RJ 2017\5604) y en la llamada jurisprudencia menor las SS. AP Madrid 1 septiembre 2015 (AC 2015\1492) y Asturias 6 noviembre 2021 (JUR 2021\399363).

cas con resultado lesivo para el paciente²; litigios que, reflejando a menudo el papel probatorio de los protocolos médicos³, versan sobre la adecuación (o no) de la conducta del anestesiólogo a la *lex artis* propia de esta especialidad.

Partiendo del carácter *subjetivo* o culpabilístico de su responsabilidad⁴ y *descartado* por la consolidada jurisprudencia en la materia que en el contexto médico-sanitario rija una *responsabilidad objetiva* (STS Sala 1.^a 18 junio 2013 [RJ 2013, 4376]), recuérdese que, a la luz de las reglas sobre el *onus probandi* que establece el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es al *paciente* a quien corresponde la prueba de los presupuestos de la responsabilidad civil médica⁶ –y por ende, anestesiológica– y, entre ellos, la prueba de la culpa. Hasta la saciedad ha repetido el TS que, dado que «*el criterio de imputación del art. 1902 CC se asienta en la culpabilidad, se exige del paciente la demostración, no solo del daño y de la relación causal, sino también de la culpa*, debiendo quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico fue realizado con infracción de las técnicas científicas exigibles para el mismo» (STS 18 mayo 2012 [RJ 2012\6356])⁷.

² Para una lúcida sistematización de la variada tipología de errores culposos en el proceso anestésico, *vid.* DE VICENTE REMESAL, J., Factores latentes de riesgo, eventos adversos y errores en la práctica médica, en LUZÓN PEÑA, D./DÍAZ y GARCÍA, M., Dirs., Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario, FICP/Reus, 2018, 153-186.

³ Con lujo de detalle en responsabilidad penal médica, *vid.* RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V., El valor jurídico de los protocolos sanitarios en la determinación de la responsabilidad penal del médico por lesiones o muertes imprudentes en el ejercicio profesional, en ADROHER/DE MONTALVO, Dirs., Avances del Derecho ante los avances de la medicina, Aranzadi, 2008, 435-456.

⁴ *Vid.* SERRANO GIL, A., La responsabilidad civil del médico anestesista, Marcial Pons, 2017, 114-128.

⁵ Todas las SSTS que cite en adelante son de la Sala 1.ª de lo Civil, salvo que se especifique otra Sala.

⁶ *Vid.* al respecto, DÍAZ-REGAÑÓN, C., El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica, Aranzadi, 1996; LLAMAS POMBO, E., Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba, en MORENO, J. A., Coord., Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio, Dykinson, 2000, 297-319; RIASCOS, E., La carga de la prueba en los procesos de responsabilidad civil médica: mala praxis, EAE, 2018; LARENA BELDARRAIN, J., La carga de la prueba en el proceso civil por responsabilidad médica, en ADROHER/DE MONTALVO, Dirs., Avances del Derecho ante los avances de la medicina, Aranzadi, 2008, 213-222.

⁷ En desarrollo de esas ideas, se ha recalcado asimismo que, estando «*a cargo del paciente la prueba del daño, de la culpa y del nexo de causalidad*, sin que baste la relación causal material o física, a la que ha de sumarse *el reproche culpabilístico* sin el cual no hay responsabilidad sanitaria», *no opera aquí, «salvo supuestos excepcionales, la inversión de la carga de la prueba, admitida en la responsabilidad por daños de otro origen»* (STS 6 marzo 2018 [RJ 2018\1066]). *Vid.* en igual sentido, STS 3 julio 2013 (RJ 2013/4380) y en la jurisprudencia menor, SS. AP Valladolid 29 mayo 2020 (JUR 2020\219074) y Tarragona 25 mayo 2023 (JUR 2023\296832). Refiriéndose en particular a la especialidad de anestesiología, también la SAP Málaga 23 octubre 2003 (JUR 2004\12337) declaró que en el ámbito de la responsabilidad subjetiva de los anestesiólogos «*no actúa la inversión de la carga de la prueba*».

Sobre el tema en la doctrina, *vid.* LUNA YERGA, Á., La prueba de la responsabilidad médico-sanitaria (Culpa y causalidad), Civitas, 2004, 128, 145-146; GALÁN CORTÉS, J. C., Responsabilidad civil médi-

Sin perjuicio de ese postulado básico y de las muy numerosas sentencias que en el concreto ámbito de la anestesiología resaltan la incumbencia *al paciente de la carga de la prueba de la culpa del anestesista*⁸ (amén del nexo causal entre el daño sufrido y el acto anestésico en cuestión⁹), nuestros tribunales, sin embargo, no dejan de ser también conscientes de los grandes *escorlos* y los *obstáculos* casi insalvables con que a menudo se topará el damnificado para lograr *acreditar* que la actuación del facultativo fue *negligente o imperita*. El propio TS ha reconocido *lo arduo y complicado* que resulta para el paciente litigante, lego en medicina, «*aportar las necesarias pruebas corroboradoras*» de la existencia de negligencia en la conducta del médico causante del daño, «*ante la pasividad unas veces y, otras, la falta de colaboración y hasta oposición conciliada de médicos, sanitarios y centros asistenciales*»¹⁰ (STS 12 diciembre 1998 [RJ 1998\9431])¹¹. En atención a esa incómoda y nada fácil situación procesal (de manifiesta inferioridad, incluso a veces de

ca, 2016, 176-177; ARCOS VIEIRA, M.^a L., La inversión de la carga de la prueba de la culpa en la responsabilidad extracontractual, Aranzadi, 2018.

⁸ Cita obligada es la histórica STS 13 julio 1987 (RJ 1987\5488) que eximió de responsabilidad al anestesiólogo, así como al cirujano, por *falta de prueba por el demandante de la culpa* de dichos especialistas en el caso de un menor que, sometido a una amigdalectomía con anestesia, al concluir la intervención quirúrgica sufrió una parada cardíaca que le llevó a un estado de coma profundo que derivó en una parálisis cerebral. A pesar del grave e irreversible resultado producido en una insignificante y rutinaria operación de anginas, el TS declaró que «a la luz de los informes médicos obrantes en autos *no puede deducirse una actuación descuidada o negligente del cirujano ni del anestesista*». Su conducta «*resultó correcta en todo momento, por lo que no cabe dar por probado el elemento subjetivo de la culpa que permita imputarles responsabilidad*».

Absolutoria del anestesiólogo fue también la STS 20 febrero 1995 (RJ 1995\886), donde el paciente, tras ser anestesiado para una corrección del tabique nasal, sufrió un paro cardíaco que dio lugar a su plena incapacidad. «En la imputación de responsabilidad a los médicos *no rige la inversión de la carga de la prueba*, sino que es preciso que *el damnificado acredite la falta de diligencia o la negligencia* derivada de la infracción de la *lex artis*» y en el caso de autos –concluyó el TS– *el demandante «no acreditada que la actuación del anestesista fuera negligente»*. Vid. además la STS 28 junio 1997 (RJ 1997\5151).

Asimismo, en sede de Audiencias, la SAP Cuenca 25 septiembre 2019 (JUR 2019\304960) subrayó que «*no siendo una responsabilidad objetiva, no basta probar el hecho y el nexo de causalidad, sino la negligencia o conducta culpable del profesional sanitario*». De ahí que en el caso, si bien se acreditó «el nexo causal entre la intubación para anestesiarse a la paciente y el daño consistente en la rotura de la tráquea», no se dio por probado que ello «*fuera imputable al anestesista a título de culpa o negligencia*», es decir, a «*la incorrecta intubación*» por una «*mala praxis*». Tampoco la SAP Huelva 17 junio 2019 (JUR 2019\238415) consideró acreditada «*la negligencia del anestesista, por infracción de la lex artis*», en la causación de un derrame pleural a la paciente anestesiada.

⁹ En los pleitos que han girado justamente en torno a la *prueba por el demandante de dicha relación de causalidad*, a veces se ha dado por debidamente acreditada (STS 4 junio 2001 [RJ 2001\3878]) y otras, por el contrario, se ha considerado *no probada* por el paciente la *relación causa-efecto* (STSJ Madrid 17 enero 2020 [JUR 2020\113892], SAP Valencia 26 noviembre 2018 [JUR 2019\3761]).

¹⁰ Reitera idénticas afirmaciones la SAP Barcelona 12 septiembre 2019 (JUR 2019\279655).

¹¹ Al hilo de esa alusión que hace esta Sentencia a la oposición «*conciliada*» de los profesionales médicos por razón del fuerte corporativismo del sector, también la STS 2 diciembre 1996 (RJ 1996\8938) se refirió a la «*dificultad de encontrar profesionales médicos que emitan un informe que pueda ser negativo para otro profesional de su misma clase*».

indefensión) en que se halla el demandante, la jurisprudencia ha ido arbitrando diversos mecanismos jurídicos tendentes a aliviar la pesada carga probatoria del paciente (calificada en ocasiones de «diabólica»¹²); expedientes que, en aras a atenuar o flexibilizar el rigor de la aplicación de las reglas generales del *onus probandi*, se hallan en cierta medida inspirados en la proyección al Derecho de daños médico-sanitario de los principios de *disponibilidad y facilidad probatoria* de cada una de las partes en el litigio, recogidos en el párrafo 7 del artículo 217 LEC 1/2000¹³. Dado que las exiguas dimensiones del presente estudio impiden siquiera describir tales construcciones doctrinales y jurisprudenciales encaminadas a mitigar las referidas dificultades de acreditación de los requisitos de la responsabilidad, me limitaré a efectuar un análisis –de cariz eminentemente práctico– acerca de uno de esos paliativos para aligerar la carga probatoria que recae sobre el paciente (especialmente en orden a la prueba del carácter *culposo* de la conducta médica), cual es la denominada *doctrina del «daño desproporcionado»*; y es que –como enseguida podrá apreciarse y ahí residirá el meollo de nuestras reflexiones– la viabilidad de dicha doctrina en el sector particular de la responsabilidad civil anestesiológica es una cuestión donde la polémica está ampliamente servida. Pero antes de poner sobre el tapete ese concreto debate, expongamos a grandes rasgos el esquema de funcionamiento de la teoría del daño desproporcionado.

Premisa indispensable para una posible aplicación de esta doctrina es, como su propio nombre indica, la existencia de un «daño desproporcionado» causado por el facultativo, entendiéndose por tal aquel no previsto ni explicable en la esfera de actuación del profesional al tratarse de un resultado de los que habitualmente no se originan sino por razón de una conducta médica negligente (STS 3 julio 2013 [RJ 2013/4380])¹⁴.

Precisando algo más la noción de daño desproporcionado, este no puede equipararse –como aclara la mejor doctrina¹⁵– «con *resultado indeseado, des-*

¹² Vid. DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., Sobre la STS Sala 1.ª de 23 marzo 1993: Un repertorio de cuestiones de responsabilidad médica, Derecho y Salud, 1, 1993, 17.

¹³ Sobre los principios de mayor facilidad o disponibilidad probatoria en la responsabilidad civil médica, vid. p.ej. SOLÉ FELIU, J., Mecanismos de flexibilización de la prueba de la culpa y del nexo causal en la responsabilidad civil médico-sanitaria, Revista de Derecho Civil, 1, 2018, 55-97; ADÁN DOMÈNECH, F., La carga de la prueba *versus* la facilidad y disponibilidad probatoria en los procesos de responsabilidad médica, Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, 2, 2018, 287-306.

Una aplicación directa de tales principios en el concreto ámbito anestesiológico puede verse en la STS Sala 3.ª 18 diciembre 2017 (RJ 2017/5604).

¹⁴ Vid. también SS. AP Barcelona 18 enero 2021 (JUR 2021\80594) y Madrid 14 julio 2022 (JUR 2022\309293); SS. TSJ Castilla y León 2 octubre 2017 (JUR 2017\270931) y Comunidad Valenciana 9 mayo 2019 (JUR 2019\275803).

¹⁵ Vid. GALÁN CORTÉS, J. C. Cuestiones actuales en responsabilidad civil médico-sanitaria, en HERRADOR, M., Coord., Derecho de daños, Aranzadi, 2013, 615 y 636.

afortunado o insatisfactorio, pues resulta evidente que todo resultado desproporcionado es indeseado, pero no todo resultado indeseado puede calificarse de desproporcionado, especialmente si se trata de la materialización de un *riesgo típico* de la intervención efectuada y el proceder médico se ajustó en todo momento a la *lex artis*»¹⁶. Por otra parte, aunque algunas sentencias adjetivan el daño desproporcionado como «*enorme*» –p. ej. la STS 30 junio 2009 (RJ 2009\6460)–, debe puntualizarse que en rigor no tiene aquel que ser necesariamente desorbitado o de extraordinaria envergadura, sino que basta que resulte *anómalo* como consecuencia de la concreta actividad médica realizada, aunque no sea de gran magnitud o gravedad¹⁷. Muestra de ello es la SAP Málaga 15 julio 2015 (JUR 2015\290768) que aplicó la teoría del daño desproporcionado para apreciar la culpa y consiguiente responsabilidad de un anestesista que al intubar a la paciente *le rompió cuatro dientes*.

Pues bien, ante la causación de un daño desproporcionado o llamativamente anormal «se induce que existió insuficiencia en los medios empleados o mala praxis médica» (STS 6 junio 2014 [RJ 2014\3395]), «se presume que si se ha producido un resultado de esas características es porque el profesional no ha actuado diligentemente» (SAP Burgos 7 octubre 2010 [AC 2010\1748]) y se crea, a modo de «culpa virtual»¹⁸, una presunción *iuris tantum* de culpabilidad del facultativo¹⁹, exigiéndose al mismo una explica-

¹⁶ Ya con anterioridad había expresado este mismo autor dicha idea (GALÁN CORTÉS, Responsabilidad médica, CCJC, 67, 2005, 147), haciéndose eco del valioso voto particular a la STS 31 enero 2003 (RJ 2003\646) formulado por MARÍN CASTÁN en el que este precisaba que «no puede calificarse de resultado desproporcionado el daño indeseado o desafortunado pero encuadrable entre los riesgos típicos de la intervención, esto es, entre las complicaciones que sean posibles aun observando el cirujano –en el caso– toda la diligencia exigible y aplicando la técnica apropiada». Remitiéndose a ese mismo voto particular, afirma también YZQUIERDO TOLSADA, M., Responsabilidad civil extracontractual. Parte General, Dykinson, 2019, 276 que «no basta demostrar que se dio un mero ‘resultado no deseado’, ya que, de lo contrario, jamás cabría la exoneración de un médico, pues bastaría con que el insatisfecho paciente le contara al juez su desgracia. Cuando al enfermo le acaba sirviendo de poco la intervención quirúrgica, decir que es la propia frustración del resultado la que demuestra que hubo resultado desproporcionado y, por ello, negligencia médica, es sencillamente disparatado».

¹⁷ En este sentido, SERRANO GIL, La responsabilidad..., 2017, 138; y LUNA YERGA, La prueba..., 2004, 188. Similar precisión conceptual realiza Díez-PICAZO (La culpa en la responsabilidad civil extracontractual, en DE ÁNGEL/YZQUIERDO, Coord., Estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cabana, Dykinson, 2001, 109) cuando apunta que el daño desproporcionado no puede entenderse como «*catastrófico o con un gran número de víctimas*» sino como el «*daño que presenta una anómala relación con el comportamiento*».

¹⁸ También destacan la idea de culpa virtual como eje de la teoría del daño desproporcionado las SS. AP Madrid 13 junio 2019 (JUR 2019\310831), Barcelona 12 septiembre 2019 (JUR 2019\279655) y Castellón 7 julio 2021 (JUR 2021\360313).

¹⁹ En opinión de R. DE ÁNGEL (Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba, Civitas, 1999, 240), «el principio *res ipsa loquitur* no es sino una manifestación del juego de las presunciones». Vid. asimismo ARBESÚ, V, La responsabilidad civil en el ámbito de la cirugía estética, Dykinson, 2016.

ción razonable sobre la palmaria discordancia entre el riesgo originario al que se sometió el paciente en ese concreto acto médico y la consecuencia lesiva «desmesurada» o anómala efectivamente producida²⁰. Si el profesional es incapaz de esclarecer el porqué de tal desenlace, habrá entonces lugar a la responsabilidad civil del mismo al no haber logrado derrotar aquella presunción²¹; todo ello –según precisan las SSTs 12 abril 2016 (RJ 2016\1334) y 30 noviembre 2021 (RJ 2021\5665)– al amparo del «principio de facilidad y proximidad probatoria»²².

En esta hipótesis –y probado naturalmente por el paciente el daño desproporcionado que le ha causado el facultativo²³–, no tendrá ya aquel que acreditar la negligencia en la conducta del demandado²⁴ sino que, «*alterándose los cánones generales de la responsabilidad civil médica en cuanto al onus probandi del reproche culpabilístico*» al profesional sanitario –según dice la STS 30 noviembre 2021 (RJ 2021\5665)²⁵–, será este último quien deba argüir y acreditar las circunstancias justificativas de dicho resultado desproporcionado para poder exonerarse de responsabilidad. Por tanto, y *a sensu contrario*, no se podrá apelar a esta teoría si, a pesar de lo anómalo del daño, se ha ofre-

²⁰ *Vid.* al respecto, p. ej., VILLANUEVA, C., El alivio de la carga de la prueba al paciente. Contornos de la doctrina del daño desproporcionado, en GALLARDO, M.ªJ., Dir., La responsabilidad jurídico-sanitaria, La Ley, 2011, 131-181; GALÁN CORTÉS, Daño desproporcionado y responsabilidad civil médica, en PRATS/TOMÁS, Coords., Culpa y responsabilidad, Aranzadi, 2017, 359-372; MUÑOZ PÉREZ, D/OJEDA, C, Cuestiones sobre el daño desproporcionado en el ámbito de la responsabilidad patrimonial sanitaria en la jurisprudencia, Actualidad Administrativa, 5, 2018; FONSECA FERRANDIS, F., Estudio médico-legal sobre el daño desproporcionado en la sanidad pública española, Aranzadi, 2018; ELIZARI, L., El daño desproporcionado en la responsabilidad de los médicos y los centros sanitarios, Tirant lo Blanch, 2018.

²¹ Impecablemente expresa estas ideas la STS 23 octubre 2008 (RJ 2008\5789). *Vid.* también SSTs 20 noviembre 2009 (RJ 2010\138), 20 julio 2009 (RJ 2009\3161) y 8 mayo 2003 (RJ 2003\3890) –comentada por DÍAZ-REGAÑÓN, Daño desproporcionado. Principios de disponibilidad y facilidad probatoria, CCJC, n.º 63, 2003, 1191 a 1209–; a nivel de Audiencias, SS. AP Barcelona 3 octubre 2019 (JUR 2019\294519), Madrid 14 julio 2022 (JUR 2022\309293) y Almería 7 marzo 2023 (JUR 2023\259205); y en la jurisdicción contencioso-administrativa, SSTSJ Comunidad Valenciana 9 mayo 2019 (JUR 2019\275803) y Galicia 14 julio 2023 (JUR 2023\318351).

²² *Cfr.* no obstante, SOLÉ FELIU, La confusión entre la doctrina del daño desproporcionado y los principios de facilidad y disponibilidad probatoria en la jurisprudencia sobre responsabilidad médica, Revista de Responsabilidad civil, Circulación y Seguro, 7, 2023, 6-32.

Algunos reparos muestra también DE ÁNGEL (Responsabilidad..., 1999, 240-242) a la aplicación que no pocas sentencias realizan del mecanismo de la «culpa virtual» con base en el criterio de la «facilidad probatoria»; criterio que en materia de responsabilidad médica debe ser aplicado «con gran cautela y en casos especialmente reveladores», porque, «de no ser así, el riesgo de inseguridad jurídica es patente».

²³ Como señala YZQUIERDO, Responsabilidad civil..., 2019, 276, «la necesaria prueba de la culpa del facultativo puede provenir de la presunción derivada de un 'resultado desproporcionado', pero para ello se precisa la prueba efectiva del resultado desproporcionado».

²⁴ Como afirma CARRASCO PERERA (Responsabilidad médico-sanitaria, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, 6, 2006, 21 ss.), *la culpa queda acreditada* cuando el daño producido es desproporcionado al riesgo ordinario de una actuación conforme a la *lex artis*.

²⁵ Igualmente, SS. AP Barcelona 6 mayo 2019 (JUR 2019\158070) y Madrid 20 julio 2022 (JUR 2022\311499).

cido la oportuna y convincente explicación por parte del facultativo (STS 29 octubre 2010 [RJ 2010/7617]²⁶). De ahí que, al amparo de la «*explicación minuciosa y coherente*» de la producción del daño que en el caso ofreció el anestesista, la STS 12 febrero 2008 (RJ 2008\2925) acordara absolverlo pese al coma irreversible y situación de vida vegetativa en que quedó una joven tras el procedimiento anestésico para practicarle una cirugía estética de nariz²⁷.

Hechas las precedentes consideraciones, entiéndase bien que, como subraya Galán Cortés²⁸, la teoría del daño desproporcionado «*no conduce per se a la objetivación de la responsabilidad*»²⁹, sino que por su virtud *se deduce la negligencia* de unos determinados hechos probados, siendo posible desvirtuar tal presunción de culpa acreditando que la actuación fue ajustada a la *lex artis* y que el origen de los daños es ajeno al buen proceder del facultativo».

II. CONTROVERSIAS SOBRE LA APLICABILIDAD DE LA DOCTRINA DEL «DAÑO DESPROPORCIONADO» A LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN ANESTESIOLOGÍA

Tal como sintéticamente acaba de indicarse, la operatividad de la teoría del daño desproporcionado reclama, como presupuesto inexcusable, que haya tenido lugar un resultado anómalo de los que ordinariamente no se producen en la realización del acto médico en cuestión. Ahora bien, a efectos de apreciar (o no) esa desproporción del daño causado habrá de calibrarse el mismo tomando como parámetro de comparación la actividad médica concreta que se enjuicia (atendiendo

²⁶ Como bien afirma la STS 30 noviembre 2021 (RJ 2021\5665), «no cabe hablar, *rectius*, de daño desproporcionado, por más que en la práctica lo parezca, cuando hay una causa que explica el resultado; explicación que excluye la aplicabilidad de esta doctrina jurisprudencial, al no poder atribuirse a los profesionales de la medicina cualquier consecuencia, por nociva que sea, que caiga fuera de su campo de actuación». Con idénticas palabras, SAP Cáceres 28 septiembre 2022 (AC 2022\2160).

²⁷ En atención a las explicaciones de la producción del daño ofrecidas por el anestesista demandado, también la SAP Barcelona 29 marzo 2019 (JUR 2019\177245) consideró *inaplicable la tesis del daño desproporcionado* en un asunto de perforación de esófago de la paciente *al introducirle dicho anestesista la sonda nasogástrica* para la sedación en una colecistectomía mediante laparoscopia. «Quebra aquí el presupuesto que sustenta dicha doctrina, ya que, según la literatura médica, cualquier procedimiento que precise el paso de instrumental por el esófago puede perforarlo. Se trata de *una complicación asociada a la intubación del paciente* que, por tanto, *no puede decirse que sea un daño no explicable*».

²⁸ GALÁN CORTÉS, Cuestiones..., 2013, 614-615 y 636; y en igual sentido, XIOL RÍOS, J. A., Posición actual del TS ante los pleitos de daños, en HERRADOR, M, Coord., Derecho de daños, Sepin, 2011, 30-31.

²⁹ La misma idea destacan la STS 30 noviembre 2021 (RJ 2021\5665) y la SAP Burgos 7 octubre 2010 (AC 2010\1748) que, en relación con un incidente anestésico, manifestó que «la doctrina del resultado desproporcionado no funciona al margen de la responsabilidad por culpa, como si fuera una responsabilidad por riesgo o de carácter objetivo. Esta doctrina no lleva, pues, a la objetivación de la responsabilidad». Igualmente, SS. AP Madrid 13 junio 2019 (JUR 2019\310831) y Cuenca 25 septiembre 2019 (JUR 2019\304960).

a la complejidad y potenciales riesgos que presenta *a priori*), ya que es menester que el «daño producido exceda notoriamente de los que, *comparativamente, quepa estimar como consecuencia asumible de ese tipo de intervención médica*» (STS 5 enero 2007 [RJ 2007\552]³⁰), resultando preciso que «el mal resultado sea, *comparativamente, desproporcionado con lo usual*, según las reglas de la experiencia y el sentido común» (STS 2 diciembre 1996 [RJ 1996\8938])³¹.

Pues bien, tal juicio comparativo es precisamente una de las claves sobre las que pivotan las grandes divergencias jurisprudenciales acerca de la aplicabilidad de la teoría del daño desproporcionado en el campo particular de la actividad anestesiológica³². Una primera corriente –a la que, a mi entender, asisten más sólidas y mejores razones– no encuentra obstáculos que impidan acudir a dicha doctrina para, en su caso, fundamentar una sentencia estimatoria de responsabilidad civil del anestesista, pues si este no es capaz de ofrecer una explicación verosímil acerca del porqué del concreto resultado desproporcionado que se ha producido, habrá de presumirse su culpabilidad; y es que, con independencia de que ciertamente el acto anestésico comporte ciertos riesgos para el paciente, podrán darse casos en que, en función de las concretas circunstancias concurrentes, el daño causado con la anestesia sea verdaderamente anómalo –«clamoroso, inexplicable e inexplicable», en palabras de la STS 23 octubre 2008 (RJ 2008\5789) o la STSJ Castilla-La Mancha 23 enero 2020 (RJCA 2020\327)³³–.

Desde esta óptica, ningún reparo tuvo la STS 23 mayo 2007 (RJ 2007\3273) en aplicar la teoría del daño desproporcionado a la responsabilidad civil anestesiológica, afirmando sensatamente que «en el caso de autos queda *sin explicar cómo un paciente al que se le va a practicar una sencilla operación de corrección del tabique nasal entra en coma, por efecto de la intervención anestésica, hasta fallecer días después*. No hay una prueba directa de la negligencia o impericia de los profesionales que han actuado, pero *la respuesta, en Derecho, al desastroso resultado conduce a acudir, como con acierto hizo el juzgado de 1.ª instancia, a la doctrina del daño desproporcionado*»³⁴.

³⁰ Comentada por GALÁN CORTÉS, Doctrina del daño desproporcionado, CCJC, n.º 74, 2007, 995-1014.

³¹ Igual declaración realiza la SAP Madrid 10 octubre 2000 (JUR 2018\273149), sobre la anestesia administrada para una cirugía estética de nariz, tras la que el paciente quedó en coma vigil irreversible.

³² *Vid.* sobre el tema, GALÁN GUTIÉRREZ, E./GALÁN CORTÉS, J. C., Responsabilidad en Anestesiología: teoría del daño desproporcionado, Revista Española de Anestesiología y Reanimación, 60, 2013, 457-464; BARREDA, I., La nueva orientación jurídica del daño desproporcionado en anestesia (I) y (II), Anuario de Derecho Sanitario, 190, 2012, 71-83, y 191, 2012, 142-145.

³³ Igualmente, STSJ Asturias 27 diciembre 2018 (JUR 2019\36532).

³⁴ También la STS 12 diciembre 1998 (RJ 1998\9431) aplicó esta teoría a fin de zanjar un caso en que durante la inducción anestésica, antes de iniciarse la cirugía de un quiste maxilar, la paciente sufrió una hipotensión a cero con privación de oxígeno al cerebro, que desencadenó su tetraplejía espástica, subsecuente presumiblemente a una intubación defectuosa. Asimismo la STS 13 diciembre 1997

Si bien en el orden contencioso-administrativo, también la STS Sala 3.^a 18 diciembre 2009 (JUR 2010/16070) aplicó cabalmente la teoría del daño desproporcionado en el caso de un hombre que, a resultas de las complicaciones sufridas tras la intubación en la anestesia general para intervenirle de una hernia umbilical, quedó en estado semivegetativo, sin poder moverse y necesitado de silla de ruedas y del apoyo de otras personas para su vida ordinaria. No habiendo logrado la Administración sanitaria demandada explicar la razón de tan «desmedido» resultado, el TS consideró que cabía «presumir una indebida aplicación de la *lex artis*»: tal como argumentó en el FD 2.º de la sentencia, «se trata de la regla *res ipsa loquitur* (las cosas hablan por sí mismas) de la doctrina anglosajona, la regla *Anscheinsbeweis* (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana o la regla de la *faute virtuelle* (culpa virtual), que significan que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que la ha ejecutado, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción».

Asimismo la STSJ Comunidad Valenciana 9 mayo 2019 (JUR 2019\275803) se decantó por aplicar la doctrina del daño desproporcionado en el caso de un paciente sano de 57 años que murió *tras serle administrada anestesia local* para operarle de una hernia inguinal; cirugía que ni siquiera llegó a practicarse, pues inmediatamente después de efectuarse la incisión inguinal se produjo el incidente anestésico causante del fallecimiento. Entendió el TSJ que, *no figurando el riesgo de muerte en el documento de consentimiento informado a la anestesia, tal fallecimiento del paciente excedió de lo normal o previsible, sin que ninguna explicación se haya dado por parte del centro responsable*: según puede leerse en la sentencia, «ante tan evidente daño desproporcionado, la Administración demandada debió probar las circunstancias en que se produjo y que la causa del fallecimiento estaba fuera de su ámbito de actuación y, desconociéndose la causa –sin que pueda excluirse con certeza la reacción alérgica al anestésico suministrado–, debemos concretar la indemnización solicitada en 45.000 euros»³⁵.

(RJ 1997\8816) se sirvió de la doctrina del daño desproporcionado para declarar civilmente responsable al anestesista, si bien –como observa GALÁN CORTÉS, Cuestiones..., 2013, 620– en el concreto caso debatido no se precisaba en puridad acudir a esta teoría para apreciar la culpabilidad del anestesista, pues la misma quedó acreditada por su falta de detección, en el curso de una timpanoplastia bajo anestesia general, de la anoxia presentada por el paciente, que posteriormente murió.

³⁵ También la STSJ Galicia 27 septiembre 2017 (JUR 2017\249848) consideró «daño desproporcionado» el fallecimiento súbito en quirófano de un paciente, por razón de la anestesia intradural empleada para la implantación de una prótesis de rodilla; resultado de muerte que, declaró el TSJ, «excedía de las

Frente a la posición que anteriormente se ha expuesto, otro sector jurisprudencial, empero, parece inclinarse por la tesis contraria que estima inaplicable a la especialidad médica de anestesiología la doctrina que se compendia en el brocardo *res ipsa loquitur* («las cosas hablan por sí mismas»). El núcleo del razonamiento –un tanto simplista y forzado, a mi modo de ver– reside, expresado resumidamente, en que el acto anestésico entraña en sí mismo un importante riesgo para el paciente, con independencia de la clase y gravedad del tipo de intervención médica principal a la que aquel se vaya a someter. Sobre esa base, caso de producirse un accidente anestésico, el resultado –se afirma de forma hartamente discutible– siempre va a ser grave por cuanto actúa sobre el sistema nervioso central o periférico, sin perjuicio de que, sobrevenido el trance crítico, los médi-

previsibles y normales consecuencias, no guardando proporción con la entidad de dicha intervención». Vid. asimismo STSJ Aragón 10 febrero 2020 (JUR 2020\143746).

Favorable a la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado se mostró igualmente la Sentencia de la Audiencia Nacional 15 julio 2009 (JUR 2009\351258) en un supuesto de muerte de un joven de 26 años, deportista y con buen estado de salud, en el curso de la *extracción de sus muelas del juicio* con anestesia general. Como punto de partida puso de relieve la AN que «la generación del daño, el fallecimiento del paciente, a la luz de todos los dictámenes médicos aportados no trae causa de la exodoncia de los cordales, sino de la anestesia». Aunque «no aparece determinada la causa exacta que provocó la bradicardia severa que sufrió el paciente», «se trataba de una intervención que no genera la previsión de un riesgo de la naturaleza y gravedad del que aconteció. En consecuencia, el fallecimiento se articula, prima facie, como un resultado anormal e inusualmente grave y desproporcionado», determinante, a la postre, de la consiguiente responsabilidad sanitaria.

A nivel de Audiencias, por una posición favorable a la operatividad de la teoría del daño desproporcionado en el ámbito anestésico abogó la SAP Las Palmas 22 mayo 2007 (JUR 2007\350066) en el supuesto de una paciente a quien, a fin de hacerle una cesárea, le fue administrada anestesia epidural que le causó una lesión medular con muy serias secuelas neurológicas, determinantes de su invalidez permanente. Sostuvo la AP que «los informes periciales de los demandados no han logrado desvirtuar la desfavorable presunción de culpa que, ante un resultado desproporcionado a lo que es usual en esa técnica anestésica, se impone. Y es que la lesión de cono medular producida por la punción practicada para anestesiar a la actora, no es lesión que se produzca si no es al margen de la buena técnica».

De igual modo en relación con la actuación de los anestesistas en una cesárea, entendió la SAP Madrid 10 abril 2019 (AC 2019\761) que «habida cuenta de que la hipoxia y el estado vegetativo de la demandante se han producido en una aparentemente sencilla intervención, ha de acudirse a la doctrina del daño desproporcionado. No se ofrece explicación que permita advertir que la actuación de aquellos se ajustó a la *lex artis* cuando se evidencia que, entre los tres intentos de intubación, la colocación de una mascarilla laríngea y finalmente la realización de la traqueostomía, se mantuvo a D.^a Vanesa sin oxigenar durante 25 minutos, con las consecuencias fatales que de ello se han derivado».

Similar criterio guió a la citada SAP Málaga 15 julio 2015 (JUR 2015\290768) que no vaciló a la hora de estimar la responsabilidad civil del anestesista interviniente en una colecistectomía, puesto que «los daños causados (pérdida traumática de cuatro incisivos), aun no revistiendo carácter grave, no se producen como una consecuencia normal de la anestesia por intubación traqueal, sino que se corresponden con un riesgo previsto solo ocasionalmente en la hipótesis de una especial dificultad –no existente en el caso– en la intubación, lo que justifica la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado». También al cobijo de la doctrina *res ipsa loquitur*, y tras recordar la presunción *iuris tantum* de culpabilidad del médico que la misma encierra, la SAP Barcelona 13 septiembre 2004 (AC 2004\1942) apreció la responsabilidad civil del anestesista de una paciente que, debido al grave hematoma al final de la columna que le fue causado por la punción para administrar la anestesia epidural, sufrió una parálisis de ambas piernas cuya corrección requirió que fuera intervenida de urgencia.

cos sean capaces de llevar cabo labores de reanimación que consigan más o menos estabilizar al paciente y que este padezca las menores secuelas posibles. Por ende, y en suma, no cabría aplicar la teoría del daño desproporcionado en la responsabilidad civil por la actividad anestésica ya que —se viene a argüir en última instancia— al comparar el posible resultado con la concreta actividad no podría hablarse entonces, en ningún caso, de desproporción en el resultado acaecido.

En este lado de la balanza se sitúa la STS 22 septiembre 2010 (RJ 2010\7135) que eximió de responsabilidad civil al anestesiólogo interviniente en la operación de hernia inguinal de un paciente que, como consecuencia de la anestesia, quedó parapléjico. Según declara el Alto Tribunal en términos tajantes, «*no es de aplicación la doctrina del daño desproporcionado*. Para cualquier profano en temas médicos, la intervención de una hernia no debería tener en principio como resultado la paraplejía del intervenido. Ahora bien, el daño tiene su origen en la anestesia y es indudable que esta, sea general o regional, es por sí misma generadora de un riesgo evidente para la vida e integridad física del paciente, lo que impide confundir la simplicidad de la afección que se trata de solventar mediante la intervención quirúrgica, que puede ser sencilla y no comportar riesgos, con los graves riesgos del acto anestésico»³⁶.

Dando por buena esa misma argumentación, también la STS 20 enero 2011 (RJ 2011\299) excluyó la aplicación de la teoría del daño desproporcionado en el caso de una mujer que, en el curso de una cirugía plástica de elevación mamaria realizada bajo anestesia local, sufrió una parada cardiaca que le dejó en estado permanente de coma profundo. Aunque el juez de 1.ª instancia había declarado la responsabilidad civil solidaria del anestesista y su aseguradora, el pleito dio un giro en la apelación y la Audiencia los absolvió al entender que «no es aplicable al caso la doctrina del daño desproporcionado, por lo que era preciso acreditar la culpa del anestesista» y «no hay prueba de que su actuación no se ajustara a la *lex artis*». Confirmatorio de esa decisión fue el fallo del TS, que de igual modo afirmó que «la doctrina *res ipsa loquitur* no es aplicable a los actos anestésicos en tanto que comportan siempre riesgos importantes, por lo que pueden producirse incidencias de gravedad»³⁷.

³⁶ Idéntico pronunciamiento repite la SAP Zaragoza 25 enero 2013 (AC 2013\664).

Por su parte, sostuvo la STS 30 junio 2009 (RJ 2009\6460) que «la complicación neurológica sufrida por la paciente en el postoperatorio inmediato es una de las posibles complicaciones asociadas a la anestesia epidural, con un porcentaje de 1 cada 200.000, sin que quepa atribuirla a una mala praxis. *Todos los datos de prueba descartan, pues, cualquier apelación al llamado daño desproporcionado o enorme*».

³⁷ Vid. igual declaración en la SAP Madrid 1 septiembre 2015 (AC 2015\1492). Exponente de la misma orientación es la SAP Madrid 22 octubre 2004 (AC 2005\128), relativa a un paciente que, tras ser anestesiado para practicarle una artroscopia de hombro, sufrió una bradicardia que derivó en un deterioro cognitivo severo. Argumentó la AP para absolver al anestesista que «la doctrina del daño desproporcionado no es aplicable a este caso en que el resultado lesivo se ha producido como consecuencia de un incidente anestésico, toda vez que esa tesis jurisprudencial se aplica en aquellos supuestos en los que se parte de una situación

A modo de corolario, y sin perjuicio de esta última tónica expuesta que, con escaso fundamento, ubica automáticamente el acto anestesiológico extramuros de la órbita de la doctrina del daño desproporcionado, entiendo que no debe excluirse de plano su operatividad en el terreno anestésico; y es que, aun asumiendo el especial rigor y cautela que aquí reclama su aplicación por mor de los riesgos inmanentes a la anestesia³⁸, no cabe obviar que la mayor o menor aplicabilidad de esa teoría a dicha especialidad médica enlaza en buena parte –tal como evoca la referencia que varias de las precedentes resoluciones judiciales hacen a que *el daño o resultado anestésico producido sea «materialización de los riesgos» que la anestesia comportaba*³⁹– con el tema de los riesgos típicos asociados a la misma de los que el paciente haya sido previa y debidamente informado y sobre los que haya prestado su consentimiento⁴⁰, lo que, en suma, nos trasladaría al tratamiento particular de la interesante problemática vinculada al consentimiento informado en el ámbito de la anestesiología⁴¹.

no comprometida o banal y se llega a un resultado que es completamente insólito y desproporcionado con la situación de partida. En el caso presente, el hecho de que la artroscopia programada, y que no llegó a efectuarse, sea una intervención no grave, no puede inducir a confusión respecto de la situación que dio lugar al resultado lesivo, y que no fue otra que el proceso anestésico al que se sometió al paciente. Cuando una persona es narcotizada para ser intervenida quirúrgicamente se interrumpen una serie de funciones vitales que quedan comprometidas de manera relevante, comportando siempre riesgos importantes, por lo que no cabe considerar ese proceso una situación trivial de la que no pueda esperarse una incidencia de gravedad».

³⁸ Como señala GALÁN CORTÉS, Cuestiones..., 2013, 621 y 636, «no cabe establecer como principio inmutable la exclusión de la teoría del daño desproporcionado en todo acto anestésico, sino que deberá valorarse cada caso en función de las circunstancias, de la complicación surgida y del tipo y riesgos de la anestesia en cuestión»; idea que reitera puntualizando que «no cabe excluir la aplicación de esta doctrina en el ámbito de la anestesiología, sin perjuicio de que ha de serlo de forma más restrictiva y cautelosa, dado el riesgo inherente al acto anestésico». Igualmente, SERRANO, La responsabilidad..., 2017, 148.

³⁹ Explicita en este sentido es la SAP Zaragoza 15 mayo 2008 (AC 2008\331018), a tenor de la cual «para poder aplicar la doctrina del daño desproporcionado es preciso que el resultado producido sea absoluta y radicalmente impropio e inesperado en relación al propio de la clase de intervención practicada. Y ello no puede ser afirmado en este caso por la prístina razón de que la afectación de nervios con parálisis facial producida se halla descrita en la literatura como una de las complicaciones posibles de la anestesia troncular en el trigémino en las intervenciones del arco inferior de la cavidad bucal. Se trata, pues, de la materialización de un riesgo y no de un daño desproporcionado». También bajo el mismo ángulo, en el orden contencioso-administrativo la STSJ Andalucía 13 marzo 2018 (JUR 2018\178189) desestimó la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria al considerar que «no nos encontramos ante un daño desproporcionado», pues «el daño sufrido por el paciente –una hipoxemia severa con daño cerebral irreversible– no es una consecuencia extraordinaria y extraña, sino un riesgo típico de la anestesia, en cuanto acto médico paralelo, pero independiente de la colonoscopia practicada».

⁴⁰ Expresamente, STS 30 noviembre 2021 (RJ 2021\5665) y SAP Barcelona 18 enero 2021 (JUR 2021\80594).

⁴¹ Sobre ello me permito remitir a lo que he escrito en anteriores ocasiones: GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., Negligencias médicas en Anestesiología y responsabilidad civil del anestesista, Reus, 2020, 223-272; y Responsabilidad civil del anesestesiólogo y consentimiento informado, en ATAZ/COBACHO, Coords., Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños, II, Aranzadi, 2021, 1315-1371. Vid. también VALLEJO JIMÉNEZ, G./NANCLARES, J., Revisión jurídica de las consecuencias civiles, penales y administrativas por la vulneración del consentimiento informado en la actividad médica, Revista Colombiana de Anestesiología, 2, 2019, 107 ss.

CAPÍTULO XCV

LA CONTROVERTIDA PRETENSIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL: ¿EUTANASIA O CELEBRACIÓN DE JUICIO?

LETICIA JERICÓ OJER

Profesora Titular de Derecho Penal.

Universidad Pública de Navarra, Pamplona. Patrona de la FICP

I. INTRODUCCIÓN

El propósito de estas líneas es abordar si la víctima de un delito está legitimada para impedir la prestación de ayuda a morir que ha sido reconocida al presunto autor de la infracción penal, antes de que se haya celebrado el correspondiente juicio oral y, en consecuencia, se haya dictado sentencia. Con relación a este dilema, recordará el lector/a el conocido caso «El pistolero de Tarragona», denominado así por un amplio sector de la prensa sensacionalista y que marcó el primer episodio en donde un preso (preventivo) en espera de juicio solicitó ejercer su derecho a la eutanasia en España.

El 14 de diciembre de 2021, E., vigilante de una empresa de seguridad que había sido despedido tras regresar de sucesivos períodos de bajas laborales, abrió fuego en las instalaciones de su propia empresa hiriendo a tres superiores que, sin embargo, lograron sobrevivir a pesar de sus graves heridas. Tras estos hechos, E. se dio a la fuga disparando en su huida contra un control policial e hiriendo a dos Mossos d'Esquadra. Tras atrincherarse e iniciarse un tiroteo con el Grupo Especial de Intervención de este cuerpo policial, E. recibió un impacto de bala que lo dejó tetrapléjico. Posteriormente ingresó en el hospital penitenciario de Terrasa (Barcelona), en condición de preso preventi-

vo, iniciándose contra él un procedimiento penal por la presunta comisión de varios delitos de homicidio en grado de tentativa, tenencia ilícita de armas y atentado contra agentes de la autoridad. En este contexto, E. solicitó la prestación de la ayuda a morir, que le fue autorizada por la Comisión de Garantía y Evaluación (CGYE), al considerar que reunía los requisitos para la aplicación de la eutanasia según lo establecido en la LORE.

Las víctimas del tiroteo, agentes de los Mossos d'Esquadra, se opusieron a que se le aplicara a E. de manera inmediata el derecho a la prestación de ayuda a morir, alegando una posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) si se producía el fallecimiento de E., dado que éste nunca sería juzgado. Las víctimas consideraban pertinente la celebración del juicio, sosteniendo que «un presunto asesino no puede sortear el juicio ni una condena mediante la eutanasia», accediendo a que, una vez conocido el fallo de la sentencia, se ejecutara la prestación de la ayuda a morir.

Comenzó así un periplo judicial, hasta este momento desconocido en nuestro país, que generó un importante debate jurídico. El Juzgado de Instrucción n.º 5 de Tarragona, frente a la petición de las víctimas dirigida a la paralización de la ejecución de la prestación, autorizó la realización de la eutanasia¹, decisión que fue confirmada por auto de la Audiencia Provincial de Tarragona². Frente a esta resolución, las víctimas interpusieron un recurso de amparo ante el TC, que fue inadmitido dada la inexistencia de violación de un derecho fundamental tutelable en amparo. El 19 de agosto, la defensa de las víctimas interpuso un recurso ante el TEDH, denegando el mismo día la suspensión de la eutanasia. E. falleció el 23 de agosto de 2022, tras recibir la prestación de la ayuda a morir.

El interrogante que se suscita a partir de este caso es si las víctimas del delito están legitimadas para solicitar que se restrinjan derechos del acusado más allá del de la privación de libertad acordada en una medida cautelar. La pretensión de las víctimas se planteó como un conflicto entre dos derechos fundamentales: por un lado, el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), el derecho a la dignidad y derecho a libertad y la autonomía personal (art. 10 CE) del solicitante, en contraposición al derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas (art. 24.1 CE). Este enfoque jurídico introduce espacios muy sugerentes para la reflexión pero que, por razones de espacio, reduciré a dos: en primer lugar, si en realidad la pretensión jurídica de las víctimas debió plantearse como un conflicto o colisión de derechos y, en segundo lugar, si existieron

¹ AJI n.º 5 de Tarragona, de 6 de julio de 2022 (ARP\2022\1044).

² AAP de Tarragona, de 4 agosto de 2022 (JUR\2023\110711).

argumentos jurídicos razonables para la autorización de la prestación de la ayuda a morir. Al análisis de ambas cuestiones se dedican las líneas siguientes.

II.

2.1 **Integridad física y moral (art. 15 CE), dignidad y autonomía personal (art. 10 CE) v. tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE: ¿Se trata realmente de un conflicto de derechos?**

A continuación, trataré de fundamentar dos aspectos que considero muy relevantes: en primer lugar, la inexistencia de vulneración del derecho de las víctimas a la tutela judicial efectiva y, en segundo lugar, que la naturaleza jurídica de la pretensión de las víctimas está lejos de ser considerada como un conflicto de derechos.

En cuanto a la primera cuestión, resulta crucial definir el alcance del derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24.1 CE³ y que, desde luego, no posee un carácter ilimitado⁴. Comprende primeramente el derecho tiene toda la ciudadanía de acceso a la jurisdicción, entendiéndose por tal la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales y formular ante ellos peticiones de tutela, que deben generar una respuesta judicial fundada en Derecho, aunque sea para inadmitir dicha petición. El derecho a la tutela judicial efectiva implica, en segundo lugar, el derecho a que los órganos jurisdiccionales se pronuncien sobre el asunto y dicten una resolución, con independencia del sentido de la misma. Es el denominado derecho al proceso, supeditado al cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos. La tutela judicial efectiva también abarca, en tercer lugar, el derecho a que la sentencia que se dicte sobre el asunto sea motivada y fundada en Derecho y que la respuesta judicial sea congruente con sus pretensiones. Igualmente comprende otra serie de derechos, entre los que destaca el derecho a los recursos, el derecho a que durante el proceso se observen los principios jurídicos del proceso, el derecho a que los actos de comunicación procesal se practiquen de forma correcta, el derecho a la intangibilidad e invariabilidad de las sentencias firmes y el derecho a la ejecución forzosa de las sentencias condenatorias cuando no exista un cumplimiento voluntario de las mismas.

³ V. por ejemplo, CUBILLO LÓPEZ, Ignacio José, El derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la ejecución en la jurisprudencia constitucional, Estudios de Deusto: revista de Derecho Público, vol. 66, n.º 2, 2018, pp. 349-356.

⁴ STC n.º 53/2022, de 4 de abril (RTC 2022\53).

Teniendo en cuenta estas consideraciones, es importante destacar que el derecho a la tutela judicial efectiva no se debe identificar con el derecho al castigo. Tampoco con el acierto judicial ni con la obtención de la respuesta deseada por la víctima⁵. Por el contrario, se debe interpretar como el derecho a que el proceso se desarrolle en el cumplimiento de la normativa procesal y el respeto a las garantías establecidas, que se vulnera cuando la resolución judicial es arbitraria o manifiestamente irrazonable o errónea⁶. Por lo tanto, en el caso planteado el derecho a la tutela judicial efectiva demandó únicamente una resolución justificada y fundamentada que respaldara y explicara la decisión final, pero no incluyó el derecho en todo caso a obtener una condena por los hechos de los que E. era acusado o la imposición de una pena por los mismos. En otras palabras, el ofrecimiento de una respuesta razonada y razonable a sus pretensiones. En el supuesto objeto de análisis no hay duda de que se garantizó el derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el proceso penal debe desarrollarse dentro de los límites de la racionalidad, lo que no obsta para que éste puede frustrarse por múltiples factores, como puede ser la declaración de nulidad de una prueba considerada imprescindible, la prescripción de los hechos o el fallecimiento del investigado⁷, incluso si fuera voluntario como ocurrió en este caso⁸. Además, es importante señalar que en muchas ocasiones el ordenamiento jurídico penal otorga un papel preponderante a los derechos a la dignidad e integridad física y moral de las personas frente al derecho a la tutela judicial efectiva (arts. 383 LECrim, art. 60 CP, 80.4 CP), sin que las posibilidades contempladas en el actual marco legal en relación a la posibilidad de terminación anticipada del procedimiento supongan una vulneración de los derechos recogidos en el Estatuto de la Víctima⁹.

No existió, por lo tanto, una colisión real de derechos, sino que el conflicto fue aparente. En realidad, no fue una cuestión de ponderación entre ambos derechos, sino que se trató de un conflicto entre el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), el derecho a la dignidad y derecho a libertad y la autonomía personal (art. 10 CE) de E. y lo que podrían ser las expectativas o pretensiones de la víctima respecto del desarrollo del proceso penal. En todo

⁵ GIMÉNEZ GARCÍA, Joaquín, Tutela judicial efectiva vs derechos de víctimas: dilaciones indebidas, prescripción e indultos, Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, 27, 2013, p. 36.

⁶ STC n.º 83/2016, de 28 de abril (RTC 2016, 83); STC n.º 140/2021, de 12 de julio (RTC 2021, 140); STC n.º 82/2022, de 27 de junio (RTC 2022, 82).

⁷ En este sentido, cabe recordar que la LORE establece que la muerte como consecuencia de la prestación de ayuda para morir tiene la consideración legal de muerte natural a todos los efectos (DA 1.ª), siendo este uno de los supuestos de archivo de una causa penal (art. 779 LECrim).

⁸ AJI n.º 5 de Tarragona, de 6 de julio de 2022 (ARP\2022\1044).

⁹ AAP de Tarragona, de 4 agosto de 2022 (JUR\2023\110711).

caso, si hubiera tratado de un auténtico conflicto de derechos, los reconocidos a E. hubieran sido considerados prevalentes atendiendo a la estrechísima vinculación del derecho a la integridad física y moral, la dignidad, la libertad y la autonomía personal con el derecho a la vida (art. 15 CE).

2.2 Breve análisis de los argumentos que avalaron razonablemente la prestación de la ayuda a morir

1. El primero de los argumentos, desarrollado exhaustivamente en el AJI n.º 5 de Tarragona, se basa en el hecho de que la LORE no atribuye competencia alguna a los juzgados de instrucción para decidir acerca del proceso de la eutanasia, decisión que corresponde tanto a los médicos/as responsables (y consultores/as), como a la CGYE habilitada al efecto. No existe, por lo tanto, ninguna previsión legal que permita que un órgano instructor pueda interferir en un proceso que afecta a derechos fundamentales y desarrollado en una LO. Esta consideración aparece confirmada en la resolución de la AP de Tarragona, en donde se nos recuerda que el legislador español decidió configurar el procedimiento como un acto de naturaleza sanitaria-administrativa, regulando la posibilidad de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa para recurrir los informes emitidos por la CGYE. No es que se trate de un olvido, sino que nuestro legislador no ha querido que los juzgados de instrucción intervengan en este proceso¹⁰. Efectivamente, la LORE regula en su articulado todo el procedimiento a seguir para el reconocimiento de la prestación de la ayuda a morir¹¹, sin que en ningún momento se prevea en la propia ley la necesidad de autorización o intervención judicial.

Anudado a este argumento (el de la falta de competencia), para justificar la competencia del juzgado de instrucción la defensa de las víctimas aludió a su deber de asegurar la presencia en el proceso de las personas investigadas (art. 299 LECrim). La AP de Tarragona consideró que no se puede calificar el ejercicio de un derecho fundamental de carácter individual, como es la eutanasia, como un acto voluntario de sustracción a la acción de la justicia. Prosigue argumentando, muy razonablemente, que se trata de una crisis anticipada del procedimiento derivada de un hecho externo, ajeno a la causa, equiparable a otra causa legal cuya consecuencia sería la misma, como es el fallecimiento

¹⁰ AAP de Tarragona, de 4 agosto de 2022 (JUR\2023\110711).

¹¹ Como así se recoge en la STC 19/2023, de 22 de marzo (FJ n.º 5) (RTC 2023\19).

por causas naturales del investigado y que conllevaría el archivo de las actuaciones a tenor de lo previsto en el art. 130 CP.

2. El silencio de la LORE ante cuestiones que atañen directamente al caso sirve como argumento igualmente para no paralizar la prestación de la ayuda a morir. Así, es importante tener en cuenta que la LORE no regula de manera específica la aplicación del derecho a la prestación a personas que se encuentren en situación preventiva o sujetas a un procedimiento judicial, dado que sólo se prevén exclusiones en caso de menores de edad o de personas que no tengan capacidad para decidir. Ahondando en esta cuestión, tampoco la ley regula supuestos específicos en los que el proceso pueda interrumpirse o aplazarse, más allá de la petición expresa de la persona solicitante. Podríamos entonces concluir que ni la LORE (ni tampoco la LECrim) establecen limitaciones a la muerte digna siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos. Eso implica que la condición procesal de la persona solicitante no pueda interpretarse como una excepción. No comparto por lo tanto la posición que sostiene que el procesado en régimen de prisión provisional no tiene el mismo derecho individual a la eutanasia que se le reconoce a aquel que no lo está, bajo el argumento de la falta de libertad para adoptar esta decisión¹². Afirmar categóricamente que E., por el hecho de encontrarse en prisión, no era una persona con plena capacidad de obrar o decidir cuestiones relacionadas con su plan de vida o con su libertad de movimiento implica ignorar la decisión médica y de la CGYE, quienes confirmaron que el consentimiento por prestado por una persona capaz y libre de presiones o influencias externas. A propósito de las alegaciones contenidas en el recurso de apelación presentado por las víctimas, en donde se aludía a la existencia de presiones externas derivadas del hecho de que E. era investigado en una causa penal y se enfrentaba a imputaciones muy graves que podían invalidar la prestación del consentimiento, la AP de Tarragona estableció muy razonablemente que quien valora y verifica si el consentimiento prestado por el solicitante está libre de cualquier presión es la CGYE (añado yo, quien debe acreditarlo previamente es el personal médico, tanto responsable como consultor, mientras que la CGYE debe verificarlo, art. 18 b LORE). Sin embargo, esta consideración no resuelve, ni mucho menos, una cuestión muy compleja a mi modo de ver y que es la relativa a la delimitación de la capacidad de consentir de las personas privadas de libertad. En otras palabras, la influencia o el efecto que la privación de libertad puede tener en la adopción de decisiones con gran transcendencia, como puede ser la solicitud de la eutanasia en un contexto penitenciario. Por razones de extensión no pue-

¹² FREELAND, Alejandro, El tirador de Tarragona, InDret, 4/2022, p. 328 ss.

do entrar a profundizar sobre esta cuestión que ya ha suscitado cierto debate jurídico en países de nuestro entorno¹³, pero sí incorporaré una pequeña reflexión al respecto.

Como punto de partida de este análisis, creo que es crucial el analizar la casuística de manera exhaustiva y, sobre todo, individualizada, lo que evitará formular juicios de valor generalistas en esencia injustos. El primer interrogante que, a mi juicio, se puede plantear con relación a esta cuestión es si la expectativa de cumplimiento de una condena larga puede generar en la persona presa una situación sufrimiento psicológico insoportable que dé lugar a un contexto eutanásico de padecimiento grave, crónico e imposibilitante¹⁴, merecedor del reconocimiento del derecho a la eutanasia. Atendiendo a lo establecido en la STC el sufrimiento grave debe presentarse siempre como una enfermedad somática en su origen¹⁵, a pesar de que los sufrimientos constantes e intolerables a que se refiere la LORE puedan ser de orden psíquico. Esta distinción entre patología o dolencia física recogida en el art. 3 LORE y el sufrimiento físico o psíquico asociada a ella excluye que se puedan incluir entre tales padecimientos a enfermedad psicológica o incluso la depresión. El TC, amparándose en el preámbulo de la LORE, considera que el contexto eutanásico debe ser delimitado de acuerdo con determinadas condiciones que afectan a la «situación física» de la persona. Ello impediría, según esta interpretación, integrar el mero padecimiento psíquico que genera la privación de libertad prolongada como supuesto de contexto eutanásico. La exclusión de la enfermedad mental del contexto eutanásico que realiza el TC no ha sido sin embargo sostenida por tribunales inferiores. Así, el TSJ de Navarra entendió que si bien el supuesto legal de padecimiento grave, crónico e imposibilitante parece vincularse más a patologías de índole física, por el contrario el supuesto del

¹³ BUSQUETS I ALIBÉS, Ester, Bélgica: la eutanasia entre presos a debate, *Bioética & Debat*, 20, 2014, p 19 s. F. V. B, permaneció durante más de 3 décadas cumpliendo una pena privativa de libertad por diversos delitos contra la libertad sexual y el asesinato de una de sus víctimas. En el año 2011 solicitó por primera vez la eutanasia con el argumento de que padecieron sufrimiento psicológico insoportable, reconoció igualmente que no se había rehabilitado. La Comisión Federal denegó la primera petición al considerar que no se habían belga para que se le reconociese el derecho a que se le practicase una eutanasia. Sin embargo los médicos que lo trataban decidieron no continuar con el procedimiento, acogiéndose al deber de secreto profesional.

¹⁴ Art. 3 b) LORE: «Padecimiento grave, crónico e imposibilitante»: situación que hace referencia a limitaciones que inciden directamente sobre la autonomía física y actividades de la vida diaria, de manera que no permite valerse por sí mismo, así como sobre la capacidad de expresión y relación, y que llevan asociado un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para quien lo padece, existiendo seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vayan a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría apreciable. En ocasiones puede suponer la dependencia absoluta de apoyo tecnológico.

¹⁵ STC 19/2023, de 22 de marzo de 2023 (FJ n.º 6) (RTC 2023\19).

apartado c), enfermedad grave e incurable¹⁶, no excluye en absoluto la enfermedad mental¹⁷. Atendiendo a la regulación actual, considero difícil la inclusión de la enfermedad mental dentro de los supuestos eutanásicos, no porque la enfermedad mental no pueda ser considerada con carácter general, un padecimiento grave, crónico e imposibilitante o una enfermedad grave e incurable, sino por la delimitación específica que el legislador español realiza de estas dos situaciones en el ámbito eutanásico. Pocas dudas hay a la hora de entender que la enfermedad mental es una enfermedad que puede ser grave e incurable y que puede generar padecimientos graves, crónicos y que imposibiliten a la persona que la padece. Sin embargo, la exigencia además de que el padecimiento incida sobre la autonomía física que impida a la persona valerse por sí misma o que la enfermedad grave o incurable lleve aparejado un pronóstico de vida limitado dificultan ciertamente el encaje de la enfermedad mental en el contexto eutanásico, al margen claro está de que la propia enfermedad mental vaya acompañada de situaciones que verdaderamente encajen dentro de estos contextos eutanásicos. Entiendo que esta es la interpretación más compatible con el texto de la LORE, con independencia de que lo deseable hubiera sido incorporar en la ley un espectro más amplio de situaciones que permitieran, por ejemplo, dar entrada a la enfermedad mental de manera autónoma.

Afirmada en todo caso la necesidad de encontrarnos ante un contexto eutanásico (enfermedad grave o incurable o padecimiento grave, crónico e imposibilitante, en los términos señalados por el TC) para poder aplicar la eutanasia, procede a continuación abordar la cuestión inicialmente planteada, relativa a la delimitación de la capacidad de consentir en el ámbito penitenciario. En mi opinión, no debemos partir de la premisa de que la capacidad para prestar consentimiento se ve afectada por la privación de la libertad. La LORE no establece ninguna consideración o excepción al respecto, por lo que la capacidad de consentir debe ser el punto de partida¹⁸. Por el contrario, debemos adoptar un enfoque similar al de otras situaciones que se pueden producir fuera de los muros de la prisión: el privado de libertad tiene capacidad para consentir a no ser que se demuestre lo contrario. El art. 5.1 a) determina entre los requisitos para poder recibir la prestación de ayuda para morir que la persona

¹⁶ Artículo 3.c) LORE: «Enfermedad grave e incurable»: la que por su naturaleza origina sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables sin posibilidad de alivio que la persona considere tolerable, con un pronóstico de vida limitado, en un contexto de fragilidad progresiva.

¹⁷ STJ Navarra n.º 353, de 16 de diciembre de 2022, al entender que de la Exposición de Motivos de la LORE no se deduce otra cosa.

¹⁸ Así, STC 19/2023, de 22 de marzo de 2023(FJ n.º 5) (RTC 2023\19), al considerar que lo que se pretende es que la decisión sea completamente libre, individual, madura y genuina. La regla general es que el solicitante ha de ser capaz y consciente en el momento de la solicitud.

debe ser capaz y consciente en el momento de la solicitud. Por su parte, el artículo 3.h) define la situación de incapacidad de hecho como aquella situación en la que el paciente carece de entendimiento y voluntad suficientes para regirse de forma autónoma, plena y efectiva por sí mismo, con independencia de que existan o se hayan adoptado medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica. El/la médico responsable deberá valorar la situación de capacidad a través del consentimiento informado siguiendo el protocolo establecido¹⁹ y si entiende que concurre algún factor que puede afectar a dicha capacidad así deberá manifestarlo. Existirán casos en los que, una vez afirmada la concurrencia del contexto eutanásico anteriormente delimitado y partiendo de la presunción de la capacidad para consentir, la prisionización tenga cierto impacto en la capacidad de decisión de la persona presa y el/la médico responsable así deberá reflejarlo. La privación de libertad en sí misma y el sufrimiento que ella conlleva no creo que deba erigirse como un especial factor de sospecha acerca de la capacidad que introduzca un deber especial (y más restrictivo) en el análisis médico. Creo que no podemos perder de vista que, en definitiva, de lo que se trata es de reconocer un derecho personalísimo, independientemente de la situación de cada individuo, por lo que cuestionar la capacidad de consentir simplemente por el hecho de la privación de libertad podría introducir sesgos en la valoración que impliquen un trato desigual y negar el derecho a la prestación. Ello implicaría además un efecto adverso para las personas privadas de libertad en las que se acreditara la existencia de un contexto eutanásico: la privación (legítima) de un derecho fundamental como el de la libertad anuda la pérdida de otro derecho fundamental, en este caso el derecho a recibir asistencia para morir.

3. La prestación de la ayuda a morir se configura como un derecho personalísimo. En nuestro ordenamiento constitucional, la libertad individual para la adopción y puesta en práctica autónoma de decisiones personales privadas e íntimas de profunda relevancia vital goza de protección a través del reconocimiento de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico, de los principios de dignidad y libertad desarrollo de la personalidad y de los derechos fundamentales íntimamente vinculados a dichos principios entre los que cobra particular relevancia el derecho a la integridad física y moral²⁰. Este derecho de autodeterminación conlleva la obligación del Estado de habilitar vías legales para permitir la ayuda a terceros, siendo necesario fijar los mecanismos para dotar de efectividad a este derecho de autodeterminación. El reconocimiento de

¹⁹ MINISTERIO DE SANIDAD, Manual de Buenas Prácticas en eutanasia, 2021, pp. 87 ss.

²⁰ STC 19/2023, de 22 de marzo de 2023 (FJ n.º 6) (RTC 2023\19).

este derecho implica la participación de tres agentes principales: el/la solicitante, el/la médico responsable y el/la consultora, junto con la CGYE. Esto significa que la opinión de terceros sobre esta decisión carece de relevancia, ya sean familiares del solicitante, víctimas del delito o incluso la Administración Penitenciaria. Aplicando esta consideración al caso analizado, cabe concluir que las víctimas no están habilitadas para impedir el ejercicio de un derecho del que no ha sido privado el acusado en un proceso penal. Se trata de un derecho fundamental de ejercer la libertad de vivir dignamente y que es preferente sobre cualquier otro al que nadie puede oponerse²¹. Por mucho que haya sido el daño que un presunto delincuente (o incluso cuando también haya sido acreditada su culpabilidad a través de una sentencia condenatoria) haya infligido a sus víctimas su derecho a una vida digna prevalece sobre cualquier otro.

4. Otro de los argumentos esgrimidos en los autos ahonda en la necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad para limitar un derecho fundamental. Así se destaca cómo las limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales exigen, por un lado, de habilitación legal y de la valoración razonada de la proporcionalidad de la medida inherente en el mismo. Al margen de ciertas matizaciones respecto de la exigencia de habilitación legal²², el principio de proporcionalidad se erige como canon de constitucionalidad a través de las exigencias de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, esto es, que con la medida adoptada sea posible alcanzar el objetivo pretendido, que no exista una medida menos gravosa para la consecución del objetivo previsto y, finalmente, que atendiendo a la gravedad de la injerencia y de las circunstancias personas de quien la sufre, que el sacrificio del derecho reporte más beneficios al interés general que perjuicios a otros bienes o derechos. La AP de Tarragona rechaza la limitación del derecho fundamental atendiendo al hecho de la que LORE no contiene ninguna previsión legal que autorice al órgano instructor a interferir cautelarmente en el ejercicio de tal derecho. Entiendo que en el caso concreto es cuestionable el mantenimiento sobre todo de las exigencias de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Por lo que respecta a la primera de ellas, creo que es relevante tener en cuenta que las víctimas no se oponían en ningún caso a la prestación de la ayuda a morir, sino que lo que pretendían era que se practicara la eutanasia a E. antes de la celebración del

²¹ Manifestando sus dudas acerca de que la eutanasia deba ser considerada como derecho fundamental, v. FREELAND, Alejandro, El tirador de Tarragona, *InDret*, 4/2022, p. 325.

²² Dado que el TC señala que la eventual insuficiencia de la ley no implica por sí misma la ilegitimidad constitucional de la actuación de los órganos jurisdiccionales, siempre que cumplan las exigencias constitucionales dimanantes del principio de proporcionalidad, así v. STC n.º 49/1999, de 5 de abril (RTC 1999, 49).

juicio oral. Cabe entonces plantearse si además del deseo de justicia o de venganza, podrían coexistir otras implicaciones legales de índole práctica vinculadas propiamente a la pretensión resarcitoria y de abono de la responsabilidad civil derivada tras una sentencia condenatoria lo que, evidentemente, exige previamente la celebración del juicio oral. En este sentido, cabe señalar que en aquellos supuestos en los que el proceso penal finaliza por la muerte del investigado, el ordenamiento jurídico ofrece también la posibilidad de reclamar y resarcirse de esos daños y perjuicios por otras vías jurisdiccionales, concretamente a través de la civil y administrativa²³. Existe jurisprudencia al efecto que avala que sea la Administración Pública quien repare los daños en los casos en los que la víctima sea funcionario público²⁴. En aplicación del principio general de resarcimiento o indemnidad, cabe considerar que quienes sirven a la Administración Pública no actúan en interés propio sino en el de todo ciudadano, por lo que si sufren algún daño o perjuicio en el servicio deben ser resarcidos directamente por la propia Administración en cuyo nombre actúan. Es notorio que con mayor frecuencia la sociedad española tiende a confiar la resolución de los conflictos a través de la vía penal. Huelga recordar que esta elección no es siempre la opción más idónea. Es muy posible que el caso planteado sea un ejemplo elocuente de esta preocupante tendencia. En esta situación concreta, hubiera sido más acertado recurrir a la presentación de demandas civiles dirigidas a la empresa donde el individuo trabajaba, o incluso plantear directamente reclamaciones ante la Administración Pública. Por lo que respecta a la exigencia de proporcionalidad en sentido estricto, considero que en ningún caso la gravedad de la injerencia (esto es, limitación del derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral y también de otros bienes constitucionalmente protegidos como la dignidad, la libertad o la autonomía de la voluntad)²⁵ y las circunstancias personales de E. (tetraplejia irreversible con dolor constante y persistente, con sufrimientos físicos y psíquicos constantes e insoportables sin posibilidad de alivio, con un pronóstico de vida limitado, en un contexto de fragilidad progresiva) justifican sacrificar el derecho a la eutanasia frente a los intereses pretendidos por las víctimas.

5. Desde el punto de vista de la necesaria humanización del proceso y de la respuesta penal que debe darse frente a la comisión de ilícitos penales, es

²³ AJI n.º 5 de Tarragona, de 6 de julio de 2022 (ARP\2022\1044); RIU FORTUNY, RAMÓN, El derecho a la eutanasia del pistolero investigado, DMD, 88, 2022, p. 26.

²⁴ STS n.º 1003/2020, de 15 de julio (RJ 2020, 2870).

²⁵ Valores todos ellos que deben ser interpretados en consideración al principio de unidad de la CE como un todo armónico, sin que quepa argumentar bajo la consideración única y asilada del derecho fundamental a la vida, así STC 19/2023, de 22 de marzo de 2023 (FJ n.º 6) (RTC 2023\19).

evidente que el sometimiento del acusado a un proceso penal en las condiciones en las que se encontraba habría dado lugar a un ensañamiento terapéutico que se hubiera alargado mientras se desarrollara el procedimiento. No debemos olvidar que, en todo caso, al acusado se le debe reconocer el principio de presunción de inocencia, de lo que se deriva la posibilidad de que hubiera sido absuelto o, al menos, habérsele impuesto una pena menor y que hubiera sido computada con el tiempo transcurrido en prisión preventiva, en cuyo caso cabría cuestionarse acerca del sentido del padecimiento añadido. Además, cabe señalar que, en caso de haberse celebrado el juicio oral, la situación médica de E., atendiendo a sus condiciones físicas tan extremas y limitadas, probablemente hubiera generado una situación de indefensión procesal.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN Y RECONOCIMIENTO

En mi opinión, los argumentos utilizados en las resoluciones judiciales, confirmando el derecho a la eutanasia, fueron ajustados a Derecho. En primer lugar, porque la LORE no otorga competencia a los juzgados de instrucción para intervenir en un procedimiento de eutanasia. Además, es importante recordar que la LORE no regula específicamente el derecho a la eutanasia de las personas sometidas a un procedimiento penal, lo que sugiere que no se imponen limitaciones siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos. La prestación de la ayuda a morir, como un derecho personalísimo, emerge como otro argumento central y prevalece sobre consideraciones de terceros, incluidas las víctimas del delito. Además, el principio de proporcionalidad no justifica la renuncia al derecho a la eutanasia en favor de los intereses de las víctimas, dada la gravedad de la injerencia y las circunstancias de la persona solicitante. En última instancia, la humanización del proceso y la respuesta penal frente a la comisión de delitos configuran, por último, los argumentos que avalan el derecho a la prestación.

Es difícil resumir en pocas palabras la inmensa aportación del Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal a la ciencia del Derecho Penal y, más específicamente, al ámbito del Derecho penal médico. Su excelencia académica y su dedicación incansable han dejado una huella indeleble en la Universidad de Vigo y en todas aquellas personas que hemos tenido la suerte de cruzarnos en su camino. Sirvan estas líneas para contribuir al merecido reconocimiento que mereces, queridísimo Javier. Tu espíritu servicial y tu bondad desinteresada han demostrado que siempre has estado ahí para brindar una mano amiga y una palabra amable. Tu influencia perdurará en el tiempo a través de tus enseñanzas y tu ejemplo, inspirando a las generaciones venideras a abrazar el Derecho Penal con compromiso, rigor y humanidad.

CAPÍTULO XCVI

APLICACIÓN DE LA DOGMÁTICA PENAL EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

JAIME LOMBANA VILLALBA

Abogado. Profesor de Derecho Penal. Universidad del Rosario,
Bogotá (Colombia). Doctor en Derecho por la Universidad de León (España).
Máster de la Universidad Libre de Bruselas

Al participar en el presente libro homenaje, primero debo expresar mi admiración, respeto académico y aprecio personal al catedrático Javier de Vicente Remesal, a quien tuve el gusto de conocer en el verano de 1995 en el primer encuentro de nuestra Escuela. Y digo nuestra, porque siento orgullo y gratitud, que se me hubiese acogido dentro del selecto grupo de penalistas españoles y americanos liderados académicamente por el Maestro del Derecho penal Diego-M. Luzón Peña, quien siempre se ha referido a Javier de Vicente como su más antiguo discípulo. Desde entonces he seguido la producción científica del profesor de Vicente, y dentro de sus obras, fue mi guía en el tema responsabilidad penal médica que siempre nos ha apasionado, y por supuesto todos los penalistas españoles y latinoamericanos reconocemos el esfuerzo para materializar el gran trabajo cumplido por los eruditos catedráticos de la Escuela en la dedicada y difícil tarea de traducción a nuestra lengua del Manual del gran Roxin. Durante su productiva labor académica Javier de Vicente entregó su mejores años a esa bella y dedicada vida académica dedicada a la Universidad, también somos privilegiados testigos que su profunda vocación de enseñanza se cumplió impregnada de bondad, humanismo y altura en todos los aspectos de su vida. Este libro homenaje es un tributo a una vida generosa y ejemplar en todo sentido.

I. RELACIÓN DE LA DOGMÁTICA PENAL EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Abundan en la legislación penal tipos de peligro que buscan la protección de bienes colectivos por conductas que a su vez están sancionadas administrativamente, y con frecuencia nos enfrentamos a violaciones de esa jurisdicción administrativo sancionadora de garantías fundamentales que impone la dogmática penal. Quiero plantear en el presente artículo algunos de los múltiples conflictos jurídicos y fisuras de las garantías constitucionales a los que se enfrenta el indiciado o acusado por un tipo de peligro, y en blanco, quien a su vez es investigado o juzgado dentro del derecho administrativo sancionador.

El desmedro a esas garantías respaldadas en principios rectores¹, encuentra un primer escenario de conflicto en la aplicación del principio de legalidad, en esos tipos penales que contemplan un ingrediente típico que conceptualmente pertenece al derecho administrativo² tales como «restricción de la libre competencia», «evasión fiscal», «integración vertical de prestadores de servicio de salud» o «publicidad engañosa», entre muchos otros conceptos propios de las normas que regulan el Derecho administrativo sancionador del sector específico de la economía, en los que no impera un límite certero, ni prohibición de analogía tampoco límite de interpretaciones extensivas³, conquistas de la dogmática penal como objetivo de quienes ejercen tan valiosa ciencia para los sistemas democráticos⁴.

Entonces cuando el Estado de derecho, acciona dos jurisdicciones frente al mismo hecho, podemos encontrar distintos escenarios frente a los que se requiere el aporte científico de los dogmáticos encontrar respuestas. El escenario más frecuente, consiste en el traslado o la compulsión a la jurisdicción penal de la decisión del órgano administrativo sancionador, para examinar la posible relevancia jurídico penal de la conducta, caso en el que, en teoría, el juez penal debe permitir el debate jurídico previa controversia probatoria dentro del juicio oral en relación con el núcleo del injusto típico de naturaleza extra penal. Es decir, aquella conducta que supuestamente ya demostró, mediante un proceso menos riguroso que el penal la entidad administrativo-sancionadora, proceso regulado por esa rama del derecho distinta de la última instancia de control social, y fren-

¹ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Derecho Penal Parte General: Principios y Categorías Dogmáticas, Medellín, Grupo Editorial Ibáñez, 2011, p. 123-124.

² ZAFFARONI, Manual de Derecho Penal: Parte General, 2.ª ed., Buenos Aires, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera (EDIAR), 2006, p. 160.

³ ROXIN, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Trad. de la 2.ª ed., Madrid, Civitas, 1997, p. 140.

⁴ LUZÓN PEÑA, Lecciones de Derecho Penal: Parte General, 2.ª/3.ª ed., Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2012/2016, 5/18 ss., p. 59.

te a la cual se encuentran fisuras ostensibles en la práctica frente a la seguridad jurídica, debido proceso y derecho a la defensa, por cuanto la manera como el administrativo sancionador soporta a esa decisión sancionatoria, no cumple los rigurosos parámetros de legalidad y debido proceso del derecho penal⁵.

Entonces, si bien se esgrime un simulado consenso de respeto por el principio de legalidad y un debido proceso, como elementos esenciales de cualquier Estado democrático, lo cierto es que las amplias facultades de vigilancia, inspección, control e incluso de policía judicial otorgadas a las entidades administrativas que ejercen estas funciones de control y sanción ponen en entredicho el respeto objetivo de las garantías ya enunciadas, y la manera como las ejercen sus funcionarios lleva a sensibles atropellos al derecho a un debido proceso⁶. Esta realidad se presenta en diversos ámbitos de la intervención estatal sobre la actividad económica privada, y me limitaré a comentar algunos aspectos relevantes en la protección de la libre competencia como ejemplo.

Sobre ella, es claro que el aparato estatal suele desprender todo su poder inquisitivo a través de entidades como la Federal Trade Commission en Estados Unidos, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en España, la Bundeskartellamt en Alemania o la Superintendencia de Industria y Comercio en Colombia. Estas, generalmente facultadas para elevar requerimientos y solicitar información que no se enlista taxativamente en la ley⁷, además de poder imponer sanciones si no se acata la orden dada, defienden sus actuaciones investigativas de carácter sorpresivo e invasivo mediante el argumento de que es esta la única manera en que podrán acceder a la información sin que sufra alteraciones, para evitar que se destruya o se oculte. Resaltando que las actuaciones descritas no siempre requieren una autorización judicial previa ni un acto de legalización posterior ante un juez⁸.

Por tanto, lo anterior establece una aplicación normativa sistemática, según la cual es aceptable restringir las libertades individuales a través de preceptos genéricos, susceptibles de complementación por parte del funcionario asignado y sin control sobre los parámetros que deben ser considerados. En la práctica, esto deriva en sanciones desproporcionadas, subjetivas, populistas y sin motivación probatoria, donde bajo la excusa de proteger la competencia se ataca frontalmente la libertad de empresa, en casos con una inversión de la

⁵ GARCÍA ENTERRÍA, citado por RESTREPO PINEDA, Los principios y garantías del debido proceso penal y su aplicación en materia tributaria, Revista Ratio Juris, Vol. 10 N.º 20, 2015, pp. 65-68.

⁶ JAÉN VALLEJO, Garantías Penales, Madrid, Atarazana Editorial, 2019, p. 26.

⁷ Cfr. § 6(a), Ley de la Comisión Federal de Comercio (EE.UU.) y § 46(a) del título 15 del Código de los Estados Unidos.

⁸ Cfr. artículos 56, 57 y 58 del Decreto 4886 de 2011 del Presidente de la República de Colombia.

carga probatoria se ofende la presunción de inocencia y la carga probatoria exigida al órgano competente.

Resulta pertinente preguntarse por las implicaciones de que un órgano estatal diseñado para la investigación y sanción a actores del mercado sea también el encargado de sopesar los argumentos esgrimidos por las partes, para arribar a una decisión sancionatoria. Este tipo de estructura, que suele solventarse con la división de funciones en dependencias de investigación y de juzgamiento, vulnera abiertamente el derecho de las personas investigadas a que su fallador no tenga interés alguno en que el resultado de la condena sea una sanción⁹; si bien se genera una apariencia de neutralidad en el plano material no es cierto, ello no basta para contrarrestar el interés de la entidad y su director por mostrar resultados a través de la imposición de sanciones cargadas de populismo, haciendo ruido en unas para poder encubrir favorecimientos.

Ciertamente, el debido proceso administrativo sancionador –que regula diversos sectores productivos y de interés público– es heterogéneo¹⁰ en el procedimiento y no es garantista en su aplicación, llegando al extremo de que en muchas diligencias o actos procesales no se cumplen los formalismos básicos de un respeto a la dignidad del ser humano, bajo la advertencia previa y rigurosa al investigado sobre sus inviolables derechos constitucionales a guardar silencio, a no autoincriminarse¹¹ y a que no se le obligue a declarar contra sus familiares, indicándole que tampoco es válida probatoriamente la confesión obtenida engañosa o involuntariamente. Sabido es que en el derecho penal la investigación y juicio deben respetar unas garantías individuales de manera certera, lo que no sucede en el derecho administrativo sancionador cuando, por ejemplo, se amenaza con multas exorbitantes la no entrega de un teléfono móvil por parte de un investigado.

No se puede investigar y sancionar arrasando con las garantías individuales, ni a cualquier precio, por lo que la doctrina administrativa sostiene la estrecha relación entre el proceso y las garantías constitucionales¹², exigiendo entonces que los principios del derecho penal sean respetados en las distintas jurisdicciones administrativo-sancionatorias; esas garantías no pueden ser consideradas aplicables únicamente al proceso penal y deben cumplirse en todo procedimiento sancionatorio. No resulta aceptable que un funcionario administrativo sancionador pueda interrogar sin presencia de abogado defensor, o in-

⁹ MONTERO AROCA, El principio acusatorio entendido como eslogan político, *Revista Novus Jus*, Vol. 11 N.º 1, 2016, p. 81.

¹⁰ CHINCHILLA, citado por RESTREPO PINEDA, *Ratio Juris*, Vol. 10 N.º 20, 2015, p. 66.

¹¹ ROXIN, La prohibición de autoincriminación, *Hammurabi*, 2008, p. 61.

¹² RESTREPO PINEDA, cit., p. 69.

cautar teléfonos o acceder al contenido de ordenadores sin orden de juez constitucional de garantías –lo que sostienen que les está permitido– mientras que un fiscal, quien por constitución es el titular de la acción penal¹³, debe solicitar el control jurisdiccional que pondere entre la afectación de la intromisión a la esfera íntima del individuo y la nocividad del hecho investigado. Ello, para no caer en la intervención arbitraria del «Estado Leviatán»¹⁴, de tal manera que debe sancionarse con la invalidez el consentimiento presunto en los allanamientos¹⁵, por ejemplo, lo que el administrativo sancionador pasa por alto.

Planteo otro sensible conflicto que se presenta en la aplicación en el tiempo de una norma penal que tipifica una conducta personal en sistemas donde todavía impere el *societas delinquere non potest*¹⁶ y la conducta también sea sancionable administrativamente. Al respecto, comparto el desarrollo doctrinal de mis maestros D.-M. Luzón Peña¹⁷ y M. Díaz y García Conlledo, al considerar una inconsistencia dogmática el imponer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por tener que instrumentalizar un concepto vacío de culpabilidad. Este asunto también lo han estudiado a profundidad Schünemann y Luis Greco, presente y futuro de la escuela de Roxin; con ellos, también avalo en la necesidad de acudir a los tipos penales de peligro en la protección de bienes jurídicos colectivos, pero no de cualquier manera, **ni pasando por encima de discusiones político criminales ya resueltas por el derecho penal, como lo es el estricto respeto a la teoría del bien jurídico, el respeto al principio de legalidad, y las reglas dogmáticas sobre los tipos penales de peligro.**

Por supuesto que el dogmático penalista inmediatamente argumentaría la irretroactividad de la ley penal consecuencia del principio de legalidad¹⁸ y por supuesto que el jurista concedor del administrativo sancionador debe sostener que resulta inconstitucional imponer sanciones contempladas en leyes promulgadas con posterioridad a la fecha de la acción humana que consumó el tipo penal respectivo. Esa es la máxima garantía contra la arbitrariedad del Estado y así lo han señalado nuestras Cortes¹⁹.

Este principio, además, protege la libertad individual, por lo que resulta un ofensivo agravio al garantismo propio de un Estado de derecho el pretender

¹³ Art. 250 de la Constitución Política Colombiana.

¹⁴ ROXIN, DP PG, I, p. 137.

¹⁵ PINTO RICARDO, La investigación penal y las garantías constitucionales, Editorial La Roca, p. 88.

¹⁶ LUZÓN PEÑA, Derecho Penal: Parte General, 3.ª ed., Editorial B de F, 2016, 11/33, p. 264.

¹⁷ LUZÓN PEÑA, DP PG, 3.ª 2016, 2/12, 26/55, pp. 88, 772 ss.

¹⁸ LUZÓN PEÑA, DP PG, 3.ª 2016, 7/6 s., pp. 170 s.

¹⁹ Cfr. Corte Constitucional, Sala Plena, M. P. Cristina PARDO SCHLESINGER, Sentencia C-394/19, agosto 28 de 2019; Corte Constitucional, Sala Plena, M. P. Antonio José LIZARAZO OCAMPO, Sentencia C-044/23, marzo 1 de 2023, entre otras.

imponer sanciones administrativas de vigencia posterior al hecho antijurídico o disvalioso. Atentar contra la seguridad jurídica de esta manera evidentemente es propio de regímenes autoritarios, carentes de cualquier balance en la administración del poder público, que por ello pueden eliminar las garantías inherentes a cualquier sistema político democrático.

En conclusión, frente al aspecto planteado en el párrafo anterior, el imperativo respecto al principio de legalidad es lo que conlleva a la irretroactividad de la norma sancionatoria, obligando a que la norma administrativa sancionatoria aplicable sea la vigente a la fecha de comisión de la acción típica y antijurídica.

II. EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y EL BIEN JURÍDICO FRENTE AL PRINCIPIO DE LESIVIDAD

Pasando a otro posible escenario dentro del objeto del presente artículo, éste se presenta cuando la conducta se investiga y se sanciona administrativamente, y esa conducta también se tipifica desde lo penal. Surgirá entonces la pregunta acerca de si, al corresponder el supuesto de hecho al mismo comportamiento, debe entonces el juez penal condenar necesariamente con la prueba del comportamiento desvalorado en lo administrativo sancionatorio, o si se deben demostrar otros elementos e ingredientes para condenar en lo penal.

La respuesta debe ser que, efectivamente, la responsabilidad penal debe ser demostrada de manera autónoma e independiente a la administrativa sancionadora. Por supuesto que las estructuras de la dogmática y contempladas normativamente deben ser probadas dentro de la investigación por parte del ente acusador penal, para conseguir que la conducta sancionada administrativamente sea declarada como un comportamiento delictivo.

Al respecto, es claro que el respeto de los principios rectores de legalidad y lesividad impone el evitar la criminalización de conductas que –aunque pudieran ser sancionadas administrativamente– no deben llegar a la órbita del **derecho penal cuando no se afecte o ponga en peligro el bien jurídico de la administración pública**. Es bajo este último, que corresponde al título XV del CP, donde el legislador colombiano ubicó la conducta de «Acuerdos restrictivos de la competencia», con ingredientes normativos objetivos y subjetivos tan exigentes como el de que «(...) *se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual*».

Resultaría violatorio de los principios rectores exigidos por la dogmática y en las normas sustanciales y procesales, pensar que por cumplirse los requisitos objetivos y subjetivos del derecho administrativo sancionador,

entonces ya están reunidos los elementos del tipo penal, desconociendo la necesaria lesión del bien jurídico protegido por la norma punitiva.

Con Roxin a la cabeza, la dogmática jurídico penal resalta que «(...) *el bien jurídico debe distinguirse del concreto objeto de la acción*»²⁰. En el artículo 410 A colombiano, el bien jurídico es la administración pública y nunca la libre competencia, la que de ser afectada o puesta en peligro, sería el objeto concreto de la acción a valorar por el funcionario administrativo sancionador, pero el juez penal no puede equiparar el bien ideal (administración pública) con el supuesto ataque a la libre competencia (objeto de la acción). La postura contraria desconoce decenas de años de grandes conquistas del derecho penal en materia de garantías individuales, como ultima ratio de la política social y potencia el peligro de que la subjetividad de quien toma decisiones en el ámbito administrativo sustituya la objetividad esencial de la función pública. Por lo anterior, es que el principio de lesividad del bien jurídico debería imponerse como garantía en lo penal frente a la posible arbitrariedad administrativa sancionatoria.

Doctrinantes de la Escuela de Frankfurt piensan de tiempo atrás que las instituciones administrativas o derecho de la intervención, ubicado entre el derecho contravencional y el penal, tiene más herramientas de prevención que el derecho penal que siempre arribará ex post al hecho que pone en peligro o afecta un bien jurídico colectivo, lo que puede ser cierto en parte, pero que no acierta al proponer que el derecho penal no se ocupe de la protección de bienes jurídicos colectivos.

Tal marco teórico determinado por el desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal se ve transgredido con relativa frecuencia, como sucede con el alcance que se le puede dar al artículo 410 A del CP colombiano, por lo que resulta entonces necesario examinar sus ingredientes normativos. Es un delito especial que, aunque con sujeto activo indeterminado, le exige por tipicidad objetiva, una especial relación con el bien jurídico tutelado de la «*administración pública*», requiriendo que «*se concertare con otro*», lo que obliga a la coautoría o participación de un tercero, pues nadie podría concertarse consigo mismo.

El texto contempla un elemento objetivo y subjetivo adicional al establecido en la norma administrativa que busca proteger la libre competencia, consistente en que el verbo rector se recorra «*con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual*»; desconocer la necesidad de probar este elemento de la conducta, sería como desaparecerlo vía interpretación de la literalidad del tipo penal. Esa descripción típica lo exige también como un ingrediente subjetivo distinto y adicional al dolo, y no una simple matización del mismo. Y, si bien los

²⁰ ROXIN, DP PG, I, p. 62.

doctrinantes modernos hablan de la flexibilización implícita del principio de legalidad a través de la anticipación de la barrera de protección normativa mediante los tipos penales de peligro, no exigir lo expuesto al valorar la conducta *ad-hoc* constituiría la violación de una garantía de rango constitucional.

Se vislumbra una discusión adicional, y es la pregunta de si el artículo 410 A es un tipo penal de peligro concreto o abstracto, con las consecuencias probatorias que ello implica. La diferenciación no es fácil, especialmente cuando se presentan redacciones como la del artículo 410 A, por cuanto se debe demostrar fáctica y subjetivamente la existencia de hechos concretos que hubiese buscado alterar el procedimiento contractual, pero además se debe exigir probar, el alterar «*ilícitamente*», lo que llevaría a valorar el tipo como de peligro concreto. Estas dificultades se profundizan en la práctica y obligan a encontrar la respuesta en la configuración del bien jurídico.

Los delitos de peligro abstracto no exigen en su estructura típica una concreta puesta en peligro del objeto del bien jurídico protegido, sino un peligro indeterminado o abstracto. Entonces, acordar con otro para alterar ilícitamente el proceso contractual, en mi opinión, es exigir una concreta puesta en peligro de la administración pública y no sólo de la libre competencia. En ambas categorías se requiere un desvalor de acción, que exige la valoración de la conducta conforme a un juicio *ex ante*. Además, los delitos de peligro concreto exigen un verdadero desvalor de resultado, que debe verificarse con la concreta puesta en peligro «*con el fin de alterar ilícitamente*», lo cual permite reflexionar que el legislador no quiso contemplar dentro del ámbito de protección normativa el alterar lícitamente un proceso contractual, es decir acuerdos o restricciones que no afecten los componentes valorativos del bien jurídico de la administración pública.

Si la puesta en peligro o ataque al bien jurídico es más relevante en los delitos de peligro concreto, al exigirse una concreta puesta en peligro, deviene entonces necesario que en el proceso penal se satisfaga la carga probatoria en lo atinente a i) la acción de concertar con otro en desmedro de la libre competencia y ii) al carácter ilícito de tal acuerdo.

Esta exigencia cobra absoluta relevancia, en vista del alto componente técnico y regulatorio llamado a dotar de contenido el tipo en blanco citado, a través de la aplicación de sus preceptos y regulaciones por parte del ente acusador, el defensor y, con mayor relevancia, el juez. Lo anterior, lamentablemente, se encuentra ante el frecuente obstáculo de que las partes del proceso se especializan en derecho penal y, por tanto, tienden a considerar que los pronunciamientos de las autoridades regulatorias o de vigilancia, inspección y control constituyen verdades absolutas.

Se generan así consecuencias irreparables para el investigado que –a través de la falta de claridad por parte del legislador, la falta de conocimiento especializado de su investigador y fallador y el engrandecimiento de las conclusiones administrativo-sancionatorias– se encuentra en una gran desventaja frente al poder punitivo del Estado.

Autores muy próximos a Colombia coinciden en advertir el peligro de la administrativización del derecho penal, no solo por el acudir a normas en blanco, y la privatización de las garantías procesales, recurriendo a leyes sectoriales y muy especializadas, sino también por incorporar la pena como medio de reforzar la actuación de funcionarios administrativos del poder ejecutivo con sus agendas políticas, lo que en términos de Ignacio Berdugo se pasa del respeto y protección del bien jurídico a garantizar funciones; lo que en mi sentir convierte la ley penal en «bolillo del actuar administrativo», como si ya no tuviera suficientes potestades sancionadoras.

Invito a la reflexión sobre el respeto a las garantías por parte del derecho administrativo sancionador.

CAPÍTULO XCVII

LA PRÓRROGA DE LA DETENCIÓN Y EL RÉGIMEN DE INCOMUNICACIÓN DE LOS MENORES DE EDAD EN ESPAÑA A LA LUZ DE LOS DERECHOS HUMANOS

INÉS MOLINA ÁLVAREZ

Doctora en Derecho. Universidad Pública de Navarra, Pamplona

I. INTRODUCCIÓN¹

La legislación española permite la prórroga de la detención para los menores en casos de terrorismo, así como la detención en régimen de incomunicación de aquellos menores con edades comprendidas entre los 16 y los 18 años, a pesar de que instituciones internacionales de derechos humanos han requerido reiteradamente a España que elimine dichas previsiones legislativas.

II. LA PRÓRROGA DE LA DETENCIÓN PARA LOS MENORES DE EDAD

De acuerdo con el artículo 17.4 LORPM, la detención de un menor por la policía no podrá durar más tiempo del estrictamente necesario para la realiza-

¹ Abreviaturas: Comité de los Derechos del Niño: CRC; CE: Constitución Española; CDN: Convención sobre los Derechos del Niño; CP: Código Penal; CPT: Comité Europeo para la prevención de la tortura del Consejo de Europa; FGE: Fiscalía General del Estado; LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal; LOPJM: LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor; LORPM: Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor; Ministerio Fiscal: MF; Naciones Unidas: NNUU; Instrucción de la Secretaría de Estado de Seguridad: ISES.

ción de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, dentro del plazo máximo de 24 horas, el menor deberá ser puesto en libertad o a disposición del MF. El artículo 17.5 estipula que, cuando el menor detenido sea puesto a disposición del MF, este habrá de resolver, dentro de las 48 horas a partir de la detención (es decir, dentro de las 24 horas siguientes a la puesta a disposición del MF), sobre la puesta en libertad del menor, sobre el desistimiento, o sobre la incoación del expediente, poniendo al menor detenido a disposición del Juez de Menores.

Para este plazo de detención de los menores, existe, no obstante, una excepción. El inciso 2.º del artículo 17.4 LORPM dispone que «Se aplicará, en su caso, lo dispuesto en el artículo 520 bis LECrim». El mencionado precepto fija las especialidades para la prórroga de la detención de las personas adultas «relacionadas con bandas armadas, individuos terroristas o rebeldes»² autorizada por la CE en su artículo 55.2, y, en su apdo. 2.º, la posibilidad de imponer su incomunicación. De la combinación de estas normas se colige que el Derecho penal de menores permite una prórroga de la detención y la adopción de esta en su forma incomunicada para los menores detenidos en supuestos de terrorismo. A partir de aquí, descender al detalle se torna más complicado, dada la parca remisión que realiza el artículo 17 LORPM a la LECrim.

Lo primero que cabe preguntarse de cara a prorrogar la detención del menor es cuál de las dos detenciones se amplía, si la policial o gubernativa (artículo 17.4 LORPM), o la del MF o «quasigubernativa»³ (artículo 17.5). Entiende la doctrina que el plazo prorrogable es el de la detención policial (las 24 horas que prevé el régimen de detención general de menores), al que habrá de sumarse el plazo de 48 horas de prórroga que prevé el artículo 520 bis LECrim⁴. Entonces, la interpretación correcta a tenor de las normas y menos gravosa para los menores, aunque a mi juicio, desproporcionada, pasaría por entender que las 24 horas de detención policial ordinaria para los menores, podría pro-

² Es cierto que una interpretación restrictiva y más respetuosa con el tenor literal llevaría a entender que no todas las investigaciones por delitos de terrorismo podrían fundamentar la prórroga de la detención o la incomunicación, solo aquellas relacionados con la comisión de los delitos a los que apunta el art. 384 bis LECrim (al que se remite el 520 bis LECrim), exigiéndose, entonces, que el menor estuviera integrado o relacionado con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes. Esta no es, sin embargo, la interpretación que se ha seguido *de facto*, ni en el régimen de adultos, ni en el de menores, extendiéndose a todos los delitos de terrorismo, a excepción del delito de enaltecimiento (STC 199/1987, de 16 de diciembre; Circular FGE 2/2001, de 28 de junio, relativa a la incidencia de las LLOO 7 y 9/2000, de 22 de diciembre, en el ámbito de la jurisdicción de menores, 12).

³ IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, La Ley, 2001-1, 1813.

⁴ IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, La Ley, 2001-1, 1813; PÉREZ MACHÍO, en: DE LA CUESTA ARZAMENDI/MUÑAGORRI LAGUÍA (Dir.), Aplicación de la normativa antiterrorista, 2008, 187; GONZÁLEZ PILLADO, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, 2009, 55; COLÁS TURÉGANO, Derecho penal de menores, 2011, 333.

rrogarse por 48 horas más en virtud del artículo 17.4 LORPM en conexión con el artículo 520 bis LECrim, lo que sumaría 72 horas. A las antedichas 72 horas cabría añadir las 24 horas de detención a disposición del MF en virtud de lo dispuesto en el artículo 17.5 LORPM⁵, lo que sumaría un total de 96 horas de detención posibles de un menor en supuestos de terrorismo. A esta conclusión interpretativa parece haber llegado también la Secretaría de Estado de Seguridad en 2017, al señalar que «en estos supuestos, la detención podrá prorrogarse el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un límite máximo de otras 48 horas, siempre que sea solicitada, y autorizada por el Juez, dentro del plazo máximo de detención señalado en el apartado 4.9.1 [24 horas]»⁶.

Ahora bien, en mi opinión, la FGE anteriormente había seguido otra interpretación normativa más gravosa. Es cierto que la Circular 1/2000 en este particular es ambigua: «Cuando el delito lo comete un menor integrado en banda armada o relacionado con individuos terroristas o rebeldes, la detención *gubernativa* tendrá un plazo máximo de duración de 72 horas a la vista de la remisión expresa e incondicionada que el artículo 17.4 hace al artículo 520 bis LECrim, que supone una excepción singular al régimen general aplicable a la detención de los menores de edad»⁷. Sin embargo, en una posterior Circular, la 2/2001, la FGE sí se decanta claramente por una interpretación más gravosa para los menores, equiparando el régimen de menores y adultos en su totalidad: «La remisión directa que hace el artículo 17.4 LORPM al artículo 520 bis LECrim supone una derogación del régimen general de detención de menores establecido en aquel precepto en lo que se refiere al plazo máximo de duración de la *detención policial*, a su posible prórroga y a la incomunicación del detenido. Por ello, en los supuestos específicos del artículo 520 bis se ha de entender que la detención *gubernativa* tiene una duración máxima *ordinaria* de 72 horas, parificándose el tratamiento del detenido adulto y del menor». Seguidamente, indicó que: «Los plazos para solicitar y resolver la eventual prórroga de la detención y la incomunicación *no presentan especialidad alguna* y se sujetan a lo establecido en el artículo 520 bis LECrim» y que «La prórroga de la detención se habrá de solicitar cuanto antes, en todo caso dentro de las primeras 48 horas y la decisión judicial habrá de recaer en las siguientes 24 horas, con riguroso respeto del *límite constitucional de las 72 horas de duración de la detención gubernativa*. La prórroga, si se concede, es por el tiempo absolu-

⁵ IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, La Ley, 2001-1, 1813; PÉREZ MACHÍO, en: DE LA CUESTA ARZAMENDI/MUÑAGORRI LAGUÍA (Dir.), Aplicación, 2008, 187.

⁶ ISES N.º1/2017, de 24 de abril, por la que se actualiza el «Protocolo de actuación policial con menores», párr. 4.9.2.

⁷ Circular FGE 1/2000, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la LORPM.

tamente imprescindible, dentro de un plazo máximo de 48 horas». Estas últimas palabras dejan claro que al menor investigado por terrorismo se le sustraía del plazo máximo de 24 horas de detención policial y se le aplicaba el de los adultos (72 horas), pues la FGE, al referirse a la prórroga, señala que esta deberá solicitarse en las primeras 48 horas, es decir, igual que para los adultos, y más tarde que la ordinaria de los menores, que sería de 24 horas. Después, además, señala expresamente que se deberá respetar en todo caso el límite constitucional de las 72 horas, al que se aplicará la prórroga de 48 horas autorizada por el artículo 55.2 CE. Dejando a un lado que en este punto la legislación de menores se separa radicalmente de sus principios informadores, esta interpretación suponía un plazo total de detención previa a la puesta a disposición judicial más dilatado incluso que para los adultos, pues al plazo equiparado a los adultos (72 horas), más la prórroga (48 horas), cabría sumar la detención de 24 horas a disposición del MF prevista en el artículo 17.5 LORPM⁸.

III. LA DETENCIÓN INCOMUNICADA DE LOS MENORES DE ENTRE 16 Y 18 AÑOS

Además de la prórroga de la detención de los menores en supuestos de terrorismo, estos pueden ser sometidos a incomunicación. Es cierto que no se trata de una medida privativa para los menores investigados por terrorismo, a pesar de que la legislación no es clara al respecto. Para conocer la concreta incomunicación de aplicación a los menores, hay que combinar las disposiciones de la LECrim y de la LORPM.

La regulación del régimen de incomunicación de adultos en la LECrim es dispersa y poco clara, a pesar de tratarse de una medida limitadora de derechos fundamentales. Es una figura jurídica altamente criticada, tanto por la doctrina como por instituciones internacionales de derechos humanos, por las alegaciones de vulneración de derechos que ha motivado, sobre todo relacionadas con la prohibición de la tortura y las penas o los tratos inhumanos o degradantes y con el derecho a no declarar contra uno mismo⁹. La reforma procesal operada por la LO 13/2015 (que transpone la Directiva 2013/48/UE) modificó la incomunicación, lo que ha mitigado en algunos aspectos el régimen anterior. Se ha reducido su duración de 13 días a diez, aunque en mi opinión, sigue siendo un

⁸ MARTÍNEZ PARDO, Diario Jurídico Aranzadi, 7 de noviembre de 2002, 27, entendía también que la FGE había dado esta interpretación gravosa.

⁹ Sobre ello: MOLINA ÁLVAREZ, Los delitos de terrorismo y su afectación a los derechos fundamentales, tesis inédita, Univ. Públ. Navarra, 2023, 271-308, y la bibliografía y resoluciones allí citadas.

plazo demasiado dilatado. Por otro lado, ahora, incluso en casos de terrorismo, la incomunicación tendrá que basarse en alguno de los motivos tasados que recoge el artículo 509.1 LECrim¹⁰, y no se producirá una limitación automática de todos los derechos a los que alcanza la incomunicación, sino solo de aquellos que motiven las circunstancias¹¹. El incomunicado puede ser privado del derecho a designar abogado de su confianza; a entrevistarse reservadamente con su abogado; y a acceder él o su abogado a las actuaciones, salvo a los elementos esenciales para impugnar la legalidad de la detención. Tampoco podrá comunicarse con las personas con las que tenga derecho a hacerlo (salvo con la autoridad judicial, el MF y el médico forense). Antes de 2015, se excluía también la puesta en conocimiento de la detención a los allegados, lo que ya no ocurre y debe ser valorado positivamente.

En cuanto a la posibilidad de incomunicar a los menores, el artículo 509.4 LECrim introducido en 2015 ha excluido la posibilidad de incomunicar a menores de 16 años que anteriormente permitía la legislación. Nada dice la reforma sobre la prórroga de la detención para los menores de entre 14 y 16 años incurso en investigaciones por terrorismo, por lo que cabrá prorrogarles la detención, aunque no cabrá incomunicarlos¹². Anteriormente he indicado que la incomunicación no se circunscribe únicamente a los menores detenidos por terrorismo, sino que también se extiende a otros delitos. Así lo reconoce alguna doctrina¹³ y la ISES N.º1/2017 (párr. 4.1.6), que se refiere a los menores incomunicados por delitos de terrorismo, y, a renglón seguido, a la posibilidad de incomunicar a menores por otros delitos si se dan los requisitos del 509 LECrim¹⁴. Sin embargo, cabría otra interpretación. El artículo 17.4 LORPM se remite expresamente al artículo 520 bis LECrim, que únicamente se ocupa de la prórroga de la detención y la incomunicación de las personas implicadas en los delitos a los que se refiere el artículo 384 bis LECrim («delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes»), por lo que podría colegirse que solo es posible la incomunicación de menores investigados por delitos de terrorismo (o rebelión). Al menos, esta era la interpretación que más se ajustaba al tenor literal antes de 2015.

¹⁰ a) Necesidad urgente de evitar graves consecuencias que puedan poner en peligro la vida, la libertad o la integridad física de una persona, o b) Necesidad urgente de una actuación inmediata de los jueces de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal.

¹¹ Esto constituía un requisito repetido en la doctrina de Estrasburgo que no se reflejaba en la legislación española.

¹² Expresamente, ISES N.º1/2017, párr. 4.1.7.

¹³ MARAVALL BUCKWALTER, La declaración del menor en el proceso penal: admisibilidad y práctica en el derecho internacional de los derechos humanos, 2019, 98.

¹⁴ Ver n.p. 10.

El legislador de 2015, sin embargo, previó la prohibición de las incomunicaciones de menores de edad menores de 16 años en el artículo 509.4 (precepto que regula los presupuestos de la incomunicación, en general) y no en el artículo 520 bis, lo que podría llevar a concluir que la incomunicación es aplicable a los detenidos por otros delitos. Esto significaría que el legislador, en vez de restringir la incomunicación por edad, en realidad la habría ampliado en razón del delito investigado. Aun así, el régimen de incomunicación por delitos de terrorismo será diferente que para otros, pues podrá tener una duración más dilatada, y, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 520 bis LECrim al que se remite el artículo 17.4 LORPM, el menor quedará efectivamente incomunicado cuando se solicite la aplicación del citado régimen, debiéndose pronunciar el juzgado competente en el plazo de 24 horas¹⁵.

En relación con los derechos del menor restringidos por la incomunicación (si así lo justifican las circunstancias del caso), existen algunas especialidades con respecto al Derecho de los adultos. En la solicitud de incomunicación deben hacerse constar los derechos cuya restricción o privación se solicita. Las medidas instadas se entenderán acordadas por un plazo máximo de 24 horas, dentro del cual el órgano judicial de menores competente habrá de pronunciarse mediante auto motivado sobre la solicitud, así como sobre la pertinencia de acordar el secreto de las actuaciones.

El artículo 17.1 LORPM contempla que quienes intervengan en la detención de un menor deberán practicarla en la forma que menos le perjudique y estarán obligados a informarle, en un lenguaje claro y comprensible e inmediatamente, de los hechos que se le imputan, de las razones de su detención y de los derechos que le asisten, así como a garantizar el respeto de estos. Las citadas autoridades deberán notificar inmediatamente de la detención y del lugar de la custodia a los representantes legales del menor y al MF; y, si el menor detenido fuera extranjero y no residente habitual en España o así se solicitase por el propio menor o por sus representantes legales, deberá notificarse al correspondiente consulado.

El artículo 22 LORPM, por su parte, reconoce unos derechos procesales específicos aplicables a los menores, cuya ubicación en el ámbito de la normativa específica ha sido interpretada como de aplicación preferente sobre las normas generales de la LECrim¹⁶, según lo dispuesto en la DF 1.^a LORPM¹⁷. De acuerdo

¹⁵ Así lo ha entendido también la Circular FGE 2/2001, de 28 de junio, V.3. C).

¹⁶ IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, *La Ley*, 2001-1, 1811; PÉREZ MACHÍO, en: *DE LA CUESTA ARZAMENDI/MUÑAGORRI LAGUÍA* (Dir.), *Aplicación*, 2008, 189.

¹⁷ «Tendrán el carácter de normas supletorias, para lo no previsto expresamente en esta LO, en el ámbito sustantivo, el CP y las leyes penales especiales, y, en el ámbito del procedimiento, la LECrim, en particular lo dispuesto para los trámites del procedimiento abreviado regulado en el Tít. III del Libro IV de la misma».

con lo dispuesto en el artículo 22 LORPM, desde el momento de la incoación del expediente, el menor tendrá derecho a: a) Ser informado de sus derechos; b) Designar abogado, o a que le sea designado uno de oficio y a entrevistarse reservadamente con él, incluso antes de prestar declaración; c) Intervenir en las diligencias que se practiquen, y a proponer y solicitar la práctica de las diligencias; d) Ser oído por el órgano judicial antes de adoptar cualquier resolución que le concierna personalmente; e) La asistencia afectiva y psicológica en cualquier estado y grado del procedimiento; f) La asistencia del equipo técnico del Juzgado de Menores.

De acuerdo con el artículo 22.1 d) LORPM, el menor tendrá derecho a ser oído por el órgano judicial antes de adoptar cualquier resolución que le concierna personalmente, audiencia que debería extenderse a la decisión sobre la incomunicación. De esta audiencia nada dice el artículo 520 bis ni el artículo 527 LECrim al que se remite, por lo que cabría interpretar que este derecho subsiste para los menores.

En cuanto al derecho a designar abogado y a entrevistarse reservadamente con él incluso antes de prestar declaración (arts. 17.3.2.º y 22.1.b) LORPM) sí que existe un criterio claro en supuestos de incomunicación, pues este extremo ha sido aclarado por la Circular FGE 2/2001: «No podrá designar abogado de su elección, por lo que el letrado que le asista será de oficio» y «No podrá entrevistarse reservadamente con su abogado, ni antes ni después de su declaración»¹⁸. Lo mismo ha interpretado la FGE posteriormente, concretamente en su Consulta 2/2005¹⁹. Paradójicamente, en páginas anteriores de la misma Consulta, pero refiriéndose al régimen general de detención de menores, la FGE había resaltado la importancia de que estos puedan entrevistarse reservadamente con el abogado, pues la detención «puede tener un efecto traumático de mucha mayor intensidad que la adoptada respecto de un adulto, pudiendo incidir gravemente en su proceso madurativo; el reconocimiento de este derecho a la entrevista reservada puede hundir sus raíces en la filosofía potenciadora de las garantías del menor detenido, partiendo del *prius* de que si cualquier persona privada gubernativamente de libertad se encuentra en situación de vulnerabilidad, cuando de menores detenidos se trata, esta incide aún

¹⁸ Circular FGE 2/2001, de 28 de junio; ISES N.º11/2007, de 12 de septiembre, por la que se aprueba el «Protocolo de actuación policial con menores», párrafo 2.8.4. En contra, IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, La Ley, N.º1, 2001, 1811-1812: «en tanto que el artículo 17 LORPM se remite de modo incondicionado al art. 520 bis LECrim, y este a su vez, lo hace al artículo 527 LECrim, donde se restringe la entrevista posterior recogida en el artículo 520 LECrim, pero no se hace referencia expresa alguna al artículo 22 LORPM, hemos de concluir que el menor detenido e incomunicado por razón de actividades terroristas mantiene su derecho a la entrevista anterior a la práctica de diligencias que le reconoce la LORPM, si bien quedará privado de la entrevista posterior».

¹⁹ Consulta 2/2005, hecha a la FGE, de 12 de julio, sobre el discutido derecho del menor detenido a entrevistarse reservadamente con su letrado antes de prestar declaración en fases previas a la incoación del expediente, 8. Esta misma interpretación se realiza por el Gobierno español en: CPT/Inf (2013) 7, Respuesta del Gobierno español al Informe CPT/Inf (2013) 6, 30 de abril, 15-19.

más»²⁰. Esto último contrasta con lo mantenido para los detenidos menores incomunicados, como si ellos no pudieran sufrir los mismos efectos traumáticos a los que se refiere para los menores detenidos en régimen ordinario. De hecho, cabría añadir incluso que una detención incomunicada podría causar efectos más traumáticos aún, precisamente por la limitación de derechos fundamentales que supone. Aunque, por otro lado, es cierto que la FGE también ordenó a los fiscales la oposición a las peticiones de incomunicación²¹.

De acuerdo con la remisión que la LORPM hace a la LECrim en relación con los derechos que no ostentarán las personas incomunicadas, el menor tampoco podrá acceder él o su abogado a las actuaciones, salvo a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención²².

La LORPM reconoce el derecho a solicitar la asistencia afectiva y psicológica en cualquier momento del procedimiento de sus padres o de cualquier otra persona que el menor indique, si el órgano judicial lo autoriza (art. 22.1 e)). Este derecho subsiste para los menores incomunicados, pero tal autorización puede ser denegada si existen razones fundadas para ello en función de las necesidades de la investigación. En ese caso, el menor detenido incomunicado deberá ser asistido por el equipo técnico y por el MF.

Y, por último, de acuerdo con el artículo 17.2 LORPM, toda declaración del detenido se llevará a cabo en presencia de su letrado y de aquellos que ejerzan la patria potestad, tutela o guarda, salvo que, en este último caso, las circunstancias aconsejen lo contrario. En defecto de estos últimos, la declaración se llevará a cabo en presencia del fiscal (que no será el que instruya el expediente). Se trata de un derecho especial concedido a los menores y que no existe en el Derecho procesal de adultos, por lo que debe entenderse que subsiste para los menores incomunicados.

IV. LA INCOMPATIBILIDAD DEL RÉGIMEN ESPAÑOL CON EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y LAS RESOLUCIONES DEL CRC Y DE LOS ORGANISMOS CONTRA LA TORTURA DE NNUU Y DEL CONSEJO DE EUROPA

Los principios generales del Derecho penal y procesal penal deben regir, por supuesto, en el ámbito del Derecho de los menores, pero, por la condición

²⁰ Consulta 2/2005, de 12 de julio, 5.

²¹ Circular FGE 1/2007, de 23 de noviembre.

²² ISES N.º1/2017, párr. 4.7.3.

de niño²³ de los sujetos a los que se aplica, existen además una serie de principios específicos que deben orientar su aplicación, como el principio de oportunidad, el de resocialización o el de especialización, y, de forma primordial, el interés superior del menor²⁴. La LORPM reconoce que a las personas a las que se aplique *gozarán de todos los derechos* reconocidos en la CE y en el ordenamiento jurídico, particularmente en la LOPJM, así como en la CDN y en otros tratados²⁵. Si la LORPM nunca cede ante el CP, no se explica jurídicamente que lo haga ante la LECrim, en un ámbito, además, de constricción de derechos fundamentales de los menores. Cuando de delitos de terrorismo se trata, los principios se aparcan y se equiparan los regímenes del menor y del adulto²⁶, que, a su vez, cuenta con multitud de especialidades en materia de terrorismo.

El Comité de Derechos Humanos, refiriéndose a los plazos máximos recomendables de detención, señaló en el caso de los menores deberá aplicarse un plazo especialmente estricto, por ejemplo, de 24 horas²⁷, sin hacer referencia a excepción alguna en este supuesto. El CRC, por su parte, entiende que todo menor detenido privado de libertad deberá ser puesto a disposición de una autoridad competente en un plazo de 24 horas para que se examine la legalidad de su privación de libertad o de su continuación²⁸.

El régimen legal de detención para menores investigados por terrorismo se aleja totalmente de los principios inspiradores de este Derecho, además de presentar una ambigüedad manifiesta. Aun haciendo una interpretación restrictiva de los plazos (entendiendo que el máximo tiempo de detención podría alcanzar las 96 horas), ello sigue resultando excesivo. Al igual que el régimen de menores prevé un plazo máximo de detención ordinaria más corto que el

²³ «Todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad» (art. 1 CDN).

²⁴ Así lo reconocen el artículo 3.1 CDN; el artículo 2.1 LOPJM; el Preámbulo de la LORPM; o la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, en su Preámbulo y art. 4.

²⁵ En el artículo 37 CDN se enuncian los principios fundamentales que rigen la privación de libertad de los menores, sus derechos procesales, y las disposiciones relativas al trato y las condiciones de la privación de libertad. La privación de libertad de un niño deberá utilizarse únicamente como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda; y deberán tenerse en cuenta las necesidades de su edad. Tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales. Tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad y a una pronta decisión sobre ello. Estas normas son reiteradas y completadas por las Reglas de Beijing, por las Reglas de las NNUU para la protección de los menores privados de libertad; o, a nivel europeo, por la Resolución del Parlamento Europeo, sobre condiciones y sistemas penitenciarios (2015/2062(INI)), 5 de octubre de 2017, párrafo 30-31.

²⁶ Durante la tramitación de la LORPM, se presentaron enmiendas de suspensión al artículo 17.4 (N.º 35 y 97 en el Congreso y N.º 3 y 23 en el Senado), que estimaban que no se adecuaba a la filosofía y principios de la propia ley y de la CDN, al hacer gravitar el peso del procedimiento sobre la gravedad del delito y no sobre las necesidades, el interés y las posibilidades educativas del menor.

²⁷ Observación General N.º 35, CCPR/C/GC/35, de 16 de diciembre de 2014, párrafo 33.

²⁸ CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párrafo 83.

ordinario de los adultos (24 horas frente a 72), la prórroga, de admitirse, debería haberse fijado también con un plazo menor, pues igualar la prórroga de los menores con la de los mayores es desproporcionado y contrario al espíritu garantista del Derecho de menores y al principio de igualdad.

No le falta razón a Pérez Machío cuando aprecia que, además, la mayoría de los delitos de terrorismo imputados a menores estaban relacionados con el llamado «terrorismo urbano/callejero» o «*kale borroka*» del artículo 577 CP en su redacción dada por la LO 7/2000; y que un periodo de detención (incomunicada) tan excesivamente amplio para un menor choca con el principio de proporcionalidad entre la gravedad del hecho presuntamente cometido y la medida de incomunicación y prolongación de la detención. Si esta prórroga se aplicaba mayoritariamente en supuestos de *kale borroka*, no parece que dicha conducta resulte lo suficientemente grave como para amenazar la vida de la nación o poner en peligro la seguridad ciudadana²⁹, que serían presupuestos que quizá podrían llegar a justificar la suspensión de algún derecho. Actualmente, la incoación de diligencias preliminares para menores por casos de terrorismo es muy escasa, como reflejan las Memorias de la FGE de los últimos años³⁰.

Y, por otro lado, si la medida de incomunicación para adultos plantea ya serios reparos en materia de derechos fundamentales, estos se intensifican si la medida es adoptada para los menores. De nuevo, con ella se contradicen los especiales principios que deben regir este Derecho³¹ y también el espíritu de propia LORPM.

En el buen camino fue la Circular FGE 1/2007, que ordenó la oposición del MF a cualquier solicitud de incomunicación de un menor, salvo que fuera estrictamente necesario para el buen éxito de las investigaciones³². Esta Circular hizo que la adopción de incomunicaciones fuera residual para menores de edad³³.

²⁹ PÉREZ MACHÍO, en: DE LA CUESTA ARZAMENDI/MUÑAGORRI LAGUÍA (Dir.), Aplicación, 2008, 188.

³⁰ «Teniendo presente las estadísticas de los cinco años anteriores, en cuanto a incoación de diligencias preliminares (...) en 2020 se mantiene el descenso que ya se observó en 2019, siendo 6 las iniciadas en 2020, que han dado lugar únicamente a la incoación de cuatro expedientes de reforma: 2 por delitos de terrorismo yihadista y otros 2 por abusos sexuales cometidos en el extranjero», Memoria FGE, 2021, 4.10. Menores; «(...) En 2021 se observa un ligerísimo repunte al haberse incoado 9 diligencias, que han dado lugar a 6 expedientes de reforma: 5 por delitos de terrorismo de naturaleza yihadista y 1 por agresión sexual cometida en el extranjero», Memoria FGE, 2022, 4.10. Menores.

³¹ De esta opinión: PÉREZ MACHÍO, en: DE LA CUESTA ARZAMENDI/MUÑAGORRI LAGUÍA (Dir.), Aplicación, 2008, 185 y 191; ORBEGOZO OROÑOZ/PÉREZ MACHÍO/PEGO OTERO, La suspensión individual de derechos en supuestos de terrorismo, 2009, 86; JUAN SÁNCHEZ, InDret, 4/2017, 20; ETXEBARRIA ES-TANKONA, en: LANDA GOROSTIZA (Dir.), Retos emergentes de los derechos humanos: ¿garantías en peligro?, 2019, 290-291.

³² Circular FGE 1/2007, de 23 de noviembre, sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006.

³³ Así lo reconoce el CPT en el CPT/Inf (2013) 6, 30 de abril de 2013, párr. 17: «la delegación pudo verificar que no había ningún menor detenido en régimen de incomunicación desde la visita del Comité

La reforma operada por la LO 13/2015, como se ha señalado, ha excluido la posibilidad de incomunicar a menores de entre 14 y 16 años que anteriormente sí permitía la legislación de menores. Esto podría apreciarse como una mejora de la legislación, sin embargo, en mi opinión, es otra ocasión desaprovechada para la total eliminación de este régimen, y más cuando a menores se refiere. De hecho, el Plan de Derechos Humanos del Gobierno de España de 2008 ya se había comprometido abolir esta figura para todos los menores de edad³⁴.

Desde el Consejo de Europa, tanto el Comisario de Derechos Humanos³⁵ como el CPT han requerido a España que derogue el régimen de incomunicación de menores.

En 2013, el CPT indicaba que «el avance positivo de no aplicar la detención en régimen de incomunicación a menores debería tener carácter permanente mediante la enmienda de la legislación»³⁶, y se lo reiteraba en 2017³⁷ y en 2020³⁸.

El Gobierno español, por su parte, en la Respuesta al Informe del CPT de 2013³⁹, justificaba la existencia de este régimen para menores con argumentos insustanciales. En primer lugar, basaba la existencia del régimen de incomunicación de menores «en su legalidad» (¡solo faltaba que se aplicara un régimen de restricción de derechos fundamentales de forma ilegal!). También defendía que la LORPM otorgaba al menor más derechos que al adulto incomunicado, refiriéndose al artículo 22 LORPM. Por otro lado, ponía de manifiesto que «esta detención se ha revelado como absolutamente residual» gracias al criterio aplicado por la FGE. Precisamente, la baja aplicación del régimen en la actualidad sirve de argumento para alguna doctrina para defender su mantenimiento en el ordenamiento y para restar importancia a sus consecuencias en el régimen de adultos⁴⁰. En mi opinión, este tipo de argumentaciones caen en una contradicción, pues si una institución jurídica no se utiliza,

en 2007, como recomendaba el Informe de dicha visita. El Fiscal General confiaba en que la Circular emitida el 23 de noviembre de 2007, recomendando la no aplicación del artículo 17.4 LORPM sobre este asunto en particular, tendría un efecto duradero. No obstante, las Instrucciones 12/2007, de 14 de septiembre, siguen contemplando la detención en régimen de incomunicación de un menor».

³⁴ Plan de Derechos Humanos del Gobierno de España, 2008, 30, medida 97: «a) Se abordarán las modificaciones legislativas oportunas para prohibir expresamente la aplicación del régimen de detención incomunicada a los menores de edad, con independencia del delito».

³⁵ CommDH (2013) 18, de 9 de octubre de 2013, párr. 102: «si bien la detención incomunicada de menores ya no se practica desde 2007, la legislación pertinente aún debe enmendarse para prohibir totalmente esta práctica».

³⁶ CPT/Inf (2013) 6, 30 de abril de 2013, 17, párrafo 17.

³⁷ Por ejemplo: CPT/Inf (2017) 34, 16 de noviembre de 2017, 29.

³⁸ CPT/Inf (2021) 27, párrafo 10.

³⁹ CPT/Inf (2013) 7, Respuesta del Gobierno español, 30 de abril, 15-19.

⁴⁰ Entre otros: GARCÍA VALDÉS, *La Ley Penal*, 74, 2010, 75; BERNARDO SAN JOSÉ/DE PADURA BALLESTEROS, en: BACHMAIER WINTER (Coord.), *Terrorismo, proceso penal y derechos fundamentales*, 2012, 144. Con matices, LLOBET ANGLÍ, *Derecho penal del terrorismo*, 2010, 204.

y más cuando se trata de un régimen tan criticado y sensible por implicar una medida de limitación de derechos fundamentales (en la que también se han dado vulneraciones de derechos), el destino natural que le corresponde es su expulsión del ordenamiento⁴¹. Por otro lado, para defender el mantenimiento de este régimen de menores, señalaba también el Gobierno que la FGE «no aboga, de manera incondicional, por una modificación legislativa que erradique la aplicación del régimen de incomunicación a los menores de edad, sino que exhorta a su aplicación excepcional». Tras estos argumentos, acaba reconociendo que «el Ministro de Justicia ya ha anunciado su intención de retomar la reforma de la LECrim con el fin de cumplir con los compromisos internacionales (...); precisamente la modificación de la LORPM con el fin de prohibir expresamente la aplicación del régimen de detención incomunicada a los menores de edad». Como ya he apuntado, esta intención volvió a quedar en papel mojado, pues el régimen sigue vigente. De hecho, en 2021 el Gobierno, en su respuesta al Informe del CPT, manifestó que resulta necesario mantener la incomunicación respecto a los mayores de 16 años dada la acreditada participación de personas de estas edades en delitos de especial gravedad y dado que existe una *amplia normativa* [refiriéndose a las instrucciones/circulares que se han citado en este trabajo]⁴².

Desde el sistema de NNUU, el CRC también ha requerido expresamente a España para que elimine el régimen de incomunicación a menores. Haciendo referencia a su Observación General N.º 10 (2007) sobre los derechos del niño en la justicia de menores⁴³, el CRC recomendó a España en 2018 que adoptara las enmiendas legislativas necesarias para poner fin a la detención en régimen de incomunicación de todos los niños⁴⁴. En 2019, en su Observación General N.º 24 (2019), el CRC declaró, como norma principal, la prohibición de del régimen de incomunicación a menores de 18 años⁴⁵. También ha realizado las mismas consideraciones el Comité contra la Tortura⁴⁶.

⁴¹ Esta misma idea: Amnistía Internacional, «Informe al Comité contra las desapariciones forzadas de las NNUU», 2021, 14.

⁴² Aportación a las observaciones del Informe sobre la visita del CPT a España (14-28.09.20), 4 de octubre de 2021, párrafo 4.

⁴³ CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007.

⁴⁴ CRC/C/ESP/CO/5-6, 15 de marzo de 2018, párrafo 47.

⁴⁵ CRC/C/GC/24, 18 de septiembre de 2019, párrafo 95: «a) No se permite la detención en régimen de incomunicación de los menores de 18 años».

⁴⁶ CAT/C/ESP/CO/6, 29 de mayo de 2015, párrafo 10: «revise el régimen de incomunicación, con vistas a su abolición, y que asegure que todas las personas privadas de libertad gocen de las salvaguardias legales fundamentales (...), en particular los menores».

V. CONCLUSIÓN

La legislación española permite la prórroga de la detención de menores en casos de terrorismo, así como la detención incomunicada de aquellos menores entre los 16 y los 18 años. Ello, a pesar de que estas previsiones no son compatibles, a mi juicio, con la especialidad y el garantismo que deben presidir la legislación penal de los menores, y se formulan en contra del principio de igualdad. El régimen de excepcionalidad que se aplica a los delitos de terrorismo en el ámbito procesal, penitenciario y penal sustantivo de adultos tiene en el Derecho de menores otra de sus manifestaciones, pues la prórroga de la detención solo es aplicable a los menores acusados de terrorismo, a los que también se puede aplicar la incomunicación. El interés superior del menor como principio se desvanece en favor de la seguridad y la excepcionalidad.

Varias instituciones internacionales de derechos humanos han instado a España repetidamente a que elimine de una vez por todas este régimen especial. El legislador español ha desoído estas críticas, y desaprovechó la oportunidad de eliminarlo en 2015, cuando redujo la posibilidad de la aplicación de la incomunicación, no de la prórroga de la detención, a los menores de edades comprendidas entre los 16 y los 18 años.

Como propuesta de *lege ferenda*, desde aquí se aboga por la derogación total del régimen de incomunicación de menores y la posibilidad de prorrogar su detención.

CAPÍTULO XCVIII

LA CONFORMIDAD EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL: UNA LECTURA CRÍTICA

INÉS OLAIZOLA NOGALES

Catedrática de Derecho Penal.

Universidad Pública de Navarra, Pamplona. Patrona de la FICP

JAVIER BORDEGÉ OLAIZOLA

Egresado Derecho-ADE. Universidad del País Vasco

I. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

El principio de oportunidad se define como la posibilidad por parte del Ministerio Fiscal de no ejercer o abandonar el ejercicio de la acción penal o proponer una rebaja de pena cuando se den determinadas circunstancias cuya apreciación lleve a la convicción de falta de interés social en la imposición de la sanción. Se sustituye el juicio de legalidad, necesario para apreciar si concurren determinados requisitos legales, por un juicio de conveniencia o de oportunidad. Los defensores de este principio ven en él un instrumento para la simplificación y agilización de la justicia penal¹. Se define también como un

¹ GIMENO SENDRA, El principio de oportunidad y el Ministerio Fiscal, La Ley Digital, 2015/2016, 2 ss.

instrumento de política criminal que se concreta en la simplificación y en la mejor reparación de la víctima². Tiene carácter dinámico y debe ser flexible.

Se defiende la oportunidad como una exigencia impuesta por la realidad, una realidad marcada por la insuficiencia de recursos para hacer frente al ingente volumen de asuntos penales, que hace inviable la rigurosa aplicación del principio de legalidad³. Por ello, se afirma que negar las ventajas, que el principio de oportunidad aporta al sistema, es desconocer la práctica judicial, «a la que no cabe acercarse desde prejuicios académicos que sólo permiten una visión parcial de la realidad forense»⁴.

Se apuesta, no obstante, por un principio de oportunidad reglado (no absoluto), es decir, sujeto al principio de legalidad⁵. La diferencia entre ambos radica en el nivel de discrecionalidad que se le otorga al sujeto titular del principio de oportunidad en cuestión, en nuestro caso al Ministerio Fiscal. Además, el principio de oportunidad absoluto (propio de países anglosajones)⁶ no se somete a control judicial, mientras que la discrecionalidad reglada viene caracterizada por sujetarse a los límites previstos por la ley, entre otros el control jurisdiccional⁷.

En nuestra opinión, partiendo de que la Administración de Justicia está en una profunda crisis⁸, incluso aceptando que el proceso penal está agotado⁹,

² ROCA MARTÍNEZ, Dando una oportunidad a la oportunidad, en: CALZA LÓPEZ/MUINELO COBO/DE PRADA RODRÍGUEZ (Dir.), El impacto de la oportunidad sobre los principios procesales clásicos: estudios y diálogos, Iustel, Madrid, 2021, 428.

³ LÓPEZ YAGÜES, A un paso de la eclosión de la oportunidad en el proceso penal, en: El impacto de la oportunidad sobre los principios procesales clásicos: estudios y diálogos, CALZA LÓPEZ/MUINELO COBO/DE PRADA RODRÍGUEZ (Dir.), Iustel, Madrid, 2021, 269.

⁴ ROCA MARTÍNEZ, en: CALZA LÓPEZ/MUINELO COBO/DE PRADA RODRÍGUEZ (Dir.), El impacto de la oportunidad, Madrid, 2021, 424; DÍAZ TORREJÓN: ¿por qué no se conforman los culpables?, en: El impacto de la oportunidad sobre los principios procesales clásicos: estudios y diálogos, CALZA LÓPEZ/MUINELO COBO/DE PRADA RODRÍGUEZ (Dir.), Iustel, Madrid, 2021, 174 quien afirma que celebrar un juicio por conducir sin carnet contra un acusado que no tiene carnet o un juicio por alcoholemia a un acusado que doblaba la tasa de alcoholemia es absurdo y se pregunta qué sentido tiene en estos casos practicar la prueba, interrogar al acusado, escuchar a los agentes actuantes, etc. FUSTER FABRA-TOAPANTA/VELASCO SÁNCHEZ: Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en: El impacto de la oportunidad sobre los principios procesales clásicos: estudios y diálogos, CALZA LÓPEZ/MUINELO COBO/DE PRADA RODRÍGUEZ (Dir.), Iustel, Madrid, 2021, 178.

⁵ CONDE PUMPIDO-FERREIRO, El principio de oportunidad reglada su posible incorporación al sistema del Proceso Penal Español, en: La reforma del proceso penal, Ministerio de Justicia (ed.), Madrid, 1989, 287 ss.

⁶ FERRÉ OLIVÉ, El *Plea Bargaining*, o cómo pervertir la justicia penal a través de un sistema de conformidades *low cost*, RECPC 20 (2018), 5 ss.

⁷ TINOCO PASTRANA, Limitaciones al principio de legalidad en el proceso penal, CPC 63, (1997), 715. Algunos autores defienden el carácter complementario de ambos principios, así, LÓPEZ YAGÜES, en: CALZA LÓPEZ/MUINELO COBO/DE PRADA RODRÍGUEZ (Dir.), El impacto de la oportunidad, Madrid, 2021, 271.

⁸ SANTANA VEGA, Principio de oportunidad y sistema penal, ADPCP 47 (1994), 113.

⁹ GÓMEZ COLOMER, La conformidad, institución clave y tradicional de la justicia negociada en España, *Revue Internationale de Droit Pénal* 83 (2012), 17.

creemos que la deriva que está teniendo en la actualidad el principio de oportunidad (básicamente a través de la conformidad) así como las propuestas legislativas, especialmente el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 (ALECrim), puede llevarnos a afirmar que estamos ante un profundo y peligroso cambio de modelo.

En el trabajo plantearé las ventajas e inconvenientes de la conformidad (como manifestación estrella del principio de oportunidad), también se analizarán los cambios más relevantes del ALECrim en materia de conformidad.

No obstante, y como reflexión general, estamos de acuerdo con Andrés Ibáñez cuando afirma que es esencialmente incompatible con el principio de legalidad la creciente tipificación de las conductas de imposible persecución real a la vez que se utiliza como excusa para justificar usos discrecionales y la privación del enjuiciamiento a enteras categorías de imputados¹⁰. Por ello, la afirmación, sin duda cierta, de la imposibilidad de tratar procesalmente todas las acciones es consecuencia, en nuestra opinión, de un círculo vicioso, como es que mientras el legislador sigue incluyendo conductas en el CP, —algunas de dudosa relevancia penal—, desde la práctica, los operadores jurídicos apuestan por una «no aplicación», a partir de criterios de oportunidad o conveniencia. Se produce por tanto una suplantación del legislador¹¹ y esta suplantación se justifica con criterios cuando menos poco claros, porque tal y como es el contexto político actual no parece posible un debate racional sobre qué delitos se deben perseguir o perseguir más y sobre todo sobre qué delitos no se deben perseguir¹². Como se verá en el último apartado se amplía el poder discrecional del Ministerio Fiscal (MF) que podrá decidir qué se persigue y qué no con criterios demasiado abiertos.

Probablemente falte una reflexión serena acerca de la mejora de la calidad de la Justicia. En todo caso, creemos que esta mejora debe comenzar por recuperar seriamente el principio de *ultima ratio* del Derecho penal, porque si se sigue utilizando el Derecho penal para sancionar conductas que no pasan de ser ilícitos administrativos o para resolver problemas sociales, que deben resolverse al margen del Derecho penal, se seguirá sobrecargando el sistema y llevará a que algunos delitos, o no se persigan, o, si se persiguen, se resuelvan de forma «automatizada». En ambos casos quedarán afectados los fines de la pena. Tanto la prevención general, puesto que la pena se impone según la negociación «a precio de saldo» y la prevención especial, ya que el sujeto será

¹⁰ ANDRÉS IBÁÑEZ, El fiscal en la actual regresión inquisitiva del proceso penal, TEORDER 1 (2007), 17.

¹¹ En el mismo sentido, SANTANA VEGA, ADPCP 47 (1994), 111 ss.

¹² ANDRÉS IBÁÑEZ, TEORDER 1 (2007), 15.

consciente de que la pena no depende de la gravedad del hecho, sino de la negociación basada en la necesidad de «descongestionar la Justicia»¹³.

Parece que la única solución pasa por buscar alternativas al enjuiciamiento. Resultan muy interesantes las palabras de Gómez Colomer, cuando afirma que: «Nadie discute la crisis de la Justicia y en particular de la Justicia penal. Lo grave es que no estamos pensando realmente en afrontar de lleno los verdaderos problemas, sino que creemos que esa crisis se ha instalado ya de manera endémica en nuestro Poder Judicial y, como es inevitable, lo mejor es buscar soluciones alternativas para intentar paliar en la medida de lo posible sus perniciosos efectos. ¿A costa de qué? Probablemente a costa de nuestro derecho procesal más sagrado, nuestro derecho a exigir Justicia y a recibirla»¹⁴.

II. LA CONFORMIDAD: VENTAJAS E INCONVENIENTES

La conformidad en el proceso penal español es una de las manifestaciones más importantes del principio de oportunidad. Supone la terminación del proceso penal de forma anticipada. Se puede definir como «una institución de naturaleza compleja, en virtud de la cual la parte pasiva, es decir, tanto el acusado como su defensor técnico, aceptan con ciertos límites la pena solicitada por la acusación, o la más grave de las solicitadas, si hubiera varios acusadores, procediéndose a dictar sentencia inmediatamente, al hacerse innecesaria la vista»¹⁵.

Su regulación¹⁶ y su creciente utilización genera un intenso debate doctrinal. No obstante, a pesar del cuestionamiento de esta figura, su aplicación es cada vez más intensa¹⁷. Además, el ALECrIm de 2020 apuesta por esta figura, ligándola al

¹³ SANTANA VEGA, ADPCP 47 (1994), 122 ss.

¹⁴ GÓMEZ COLOMER, *Revue Internationale de Droit Pénal* 83 (2012), 18.

¹⁵ GÓMEZ-COLOMER, *Revue Internationale de Droit Pénal* 83 (2012), 23.

¹⁶ La regulación actual es compleja, ya que la LECrim diferencia según la clase de procedimiento de que se trate. Dejando de lado el procedimiento ordinario y el de Jurado, los procedimientos donde mayor relevancia tiene la conformidad son en el abreviado y el de enjuiciamiento rápido de determinados delitos. En todo caso, solo podrán acceder a la conformidad aquellos acusados para los que se soliciten máximo 6 años de prisión. Ampliamente, MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, *Legalidad y oportunidad: perspectivas de futuro*, en: *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura* 36 (2020), 277 ss.

¹⁷ En la Memoria de la FGE de 2021 (datos de 2020) se recoge que el 73% de los casos tramitados por juicio rápido acaban en sentencia de conformidad. y en la de 2022 (datos de 2021) se indica un 81%, cifra sensiblemente superior, como reconoce la propia Fiscalía. Por otra parte, en la Memoria de la FGE correspondiente al año 2019 (datos de 2018) del total de sentencias condenatorias que constan dictadas por los Juzgados de lo Penal, el 63% lo fueron por conformidad del acusado y su defensa con la posición del fiscal. Del total de sentencias dictadas por Audiencias Provinciales, el 55% lo fueron por conformidad. Esto implica que, del total de sentencias condenatorias dictadas en España, el 48% son por conformidad.

principio de oportunidad, eliminando límites penológicos y ampliando su posible aplicación a cualquier clase de delitos, independientemente de su gravedad.

Igualmente, la propuesta de 60 medidas planteada por la FGE para la reactivación de la Administración de Justicia ante la paralización provocada por la pandemia de COVID-19 preveía un plan de «desescalada» en la Administración de Justicia tras la situación de crisis, incluyendo, entre sus objetivos, el fomento de las conformidades en los distintos estadios procesales; al respecto, concretamente, la medida 13.^a señala la Potenciación del Protocolo de actuación para juicios de conformidad, suscrito en fecha de 1 de abril de 2009 entre la FGE y el Consejo General de la Abogacía¹⁸. Son múltiples las voces que consideran inviable (por su volumen) sostener el actual sistema procesal penal sin la institución de la conformidad¹⁹.

1. Aspectos positivos de la conformidad

Además de la posible descongestión de la Administración de Justicia, que ya se ha mencionado en el apartado anterior, se pueden señalar ciertas ventajas para los implicados en el proceso.

Por lo que respecta al acusado, la principal ventaja es que puede ver reducida su pena, suavizando por tanto los efectos negativos de ella²⁰. Además, vería reducido el largo proceso de cumplir penas preventivas, puesto que ya tras el acuerdo de conformidad, se pasa directamente a la ejecución efectiva de la pena²¹.

Por otra parte, la conformidad, al evitar el juicio, evita la «pena de banquillo», aunque debe recordarse que la pena y el antecedente penal no van a desaparecer que es en buena medida, lo que provoca una etiqueta estigmatizante para el condenado²².

¹⁸ https://www.fiscal.es/documents/20142/377345/plan_desescalada_fge.pdf/0704ff9e-24f6-500b-f6f1-0ec4962e325e.

¹⁹ Así, entre otros, ORTEGA CALDERÓN, La conformidad en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal (I), *El Derecho.com*, 2021, 2; DÍAZ TORREJÓN en: CALZA LÓPEZ/MUINELO COBO/DE PRADA RODRÍGUEZ (Dirs.), *El impacto de la oportunidad*, Madrid, 2021, 168 ss; FUSTER FABRA TOAPANITA/VELASCO SÁNCHEZ, en: CALZA LÓPEZ/MUINELO COBO/DE PRADA RODRÍGUEZ (Dirs.), *El impacto de la oportunidad*, Madrid, 2021, 178.

²⁰ FERRÉ OLIVÉ, *RECPC* 20 (2018), 6; ROCA MARTÍNEZ, en: CALZA LÓPEZ/MUINELO COBO/DE PRADA RODRÍGUEZ (Dirs.), *El impacto de la oportunidad*, Madrid, 2021, 434, este autor señala que lo verdaderamente relevante es la relación de la oportunidad con los principios constitucionales de reeducación y reinserción.

²¹ LASCURAIN SÁNCHEZ/GASCÓN INCHAUSTI, ¿Por qué se conforman los inocentes?, *In-Dret* 3/2018, 4.

²² Así, MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura* 36 (2020), 35.

La terminación por conformidad implica que, en principio, no cabe recurso, por lo que la terminación del procedimiento es definitiva, generando para el acusado una mayor seguridad y tranquilidad.

En cuanto a la víctima, la posibilidad de terminar de manera más rápida el proceso evita la posible «revictimización» que puede generarle el juicio. Y otra posible ventaja será su más rápida reparación²³.

2. Aspectos negativos de la conformidad

a) SOBRE LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD MATERIAL

El Derecho Penal se diseña para obtener la verdad material o, por lo menos, una verdad cercana a la misma, y para ello precisamente se regula la actividad probatoria²⁴. Sin embargo, con la conformidad no se busca la verdad material. La conformidad equivale a una confesión (reconocimiento de hechos) que, en nuestro sistema, conforme al artículo 406 LECrim, no es prueba plena, ni siquiera es prueba válida y desde luego, no es suficiente para la obtención de la verdad material²⁵. Puede haber situaciones en las que el simple reconocimiento de hechos puede no coincidir con el verdadero autor, por ejemplo, el padre o la madre que asumen la comisión de unos hechos cometidos por su hijo o la confesión a cambio de una retribución económica. Se otorga a la confesión un valor sobredimensionado que sirve para dictar sentencia evitando la elaboración de la prueba y degradando el interés general²⁶.

b) POSIBLE VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El acusado puede ser víctima del sistema de conformidades cuando se usa con el único fin de aliviar la saturación de la justicia. Así, puede vulnerarse

²³ ROCA MARTÍNEZ, en: CALZA LÓPEZ/MUINELO COBO/DE PRADA RODRÍGUEZ (Dir.), El impacto de la oportunidad, Madrid, 2021, 435. En contra SANTANA VEGA, ADPCP 47 (1994), 121, quien considera que la víctima resulta perjudicada puesto que se le priva del derecho a ser oída además de la posible quiebra de su confianza en el sistema judicial ya que la pena impuesta no se deriva de la gravedad del hecho sino de una «negociación».

²⁴ MARTÍN PALLÍN, ¿Es constitucional la conformidad?, Revista del Poder Judicial 19 (2006), 221.

²⁵ SCHÜNEMANN, ¿Crisis del procedimiento penal? (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?), Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania, Consejo General del Poder Judicial, 1991, 57.

²⁶ SCHÜNEMANN, Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania, Consejo General del Poder Judicial, 1991, 56; SANTANA VEGA, ADPCP 47 (1994), 121; OLAIZOLA NOGALES, El principio de oportunidad ¿modernización o crisis del Derecho Penal?, Nuevo Foro Penal 82 (2014), 27.

el derecho a la presunción de inocencia, en la medida en que no se practique una actividad probatoria respetando todas las garantías (oralidad, intermediación, contradicción y publicidad)²⁷. Puede también quebrar el derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable cuando se pretende lograr la asunción de responsabilidad desde la sugestión al acusado de la conveniencia de conformarse con la pena. En este sentido, «la conformidad acaba por generar un ambiente constrictivo, rozando la vulneración del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable»²⁸.

Además, se corre el riesgo de que un inocente se declare culpable por diferentes factores, entre otros, por miedo a ser condenado de forma más severa, por los altos costes del proceso, para evitar el estigma que supondría ser condenado por según qué delitos, para evitar la adopción de medidas cautelares o para evitar costes a terceros²⁹.

C) PRINCIPIOS PROCESALES

Resulta relevante mencionar que la conformidad acarrea también la desnaturalización de varios de nuestros principios procesales como el de oralidad, intermediación o publicidad. Así, la conformidad, en la mayoría de los casos, supone una negociación paralela, fuera del proceso, entre fiscal y abogado defensor, quienes trasladan el resultado de la negociación al juez, sin que este esté presente en ella, por lo que la única «prueba», esto es, la confesión del acusado no se produce ante el juez³⁰. En la conformidad se genera un espacio de negociaciones clandestinas entre fiscal y defensa, falto de transparencia³¹.

²⁷ ESPARZA LEIBA, El principio del proceso debido, Bosch, Barcelona, 1995, 199; GARCÍA MOSQUERA, Juicios rápidos y conformidad: la posible vulneración de los derechos fundamentales, en: RP 40 (2017), 105. Igualmente, STS de 9 de mayo de 1991; STC 107/1989, de 8 de junio;

²⁸ MARTÍN PALLÍN, Revista del Poder Judicial 19 (2006), 234; GARCÍA MOSQUERA, Revista Penal 40 (2017), 104; VARONA GÓMEZ/KEMP/BENÍTEZ, La conformidad en España, InDret. 1/2022, 320 ss.

²⁹ LASCURAIN SÁNCHEZ/GASCÓN INCHAUSTI, InDret. 3/2018, 13 ss. Estos autores plantean factores que pueden influir en que al acusado le resulte beneficioso conformarse con la pena, a pesar de ser inocente. En sentido opuesto, DÍAZ TORREJÓN, en: CALZA LÓPEZ/MUINELO COBO/DE PRADA RODRÍGUEZ (Dirs.), El impacto de la oportunidad, Madrid, 2021 174, quien afirma que negar el reconocimiento de los hechos en asuntos de menor entidad y de previsible resultado final es conducir al juicio del absurdo en el que prácticamente no hay objeto, por evidente. Este autor afirma que hay personas culpables que juegan con los tiempos y no se conforman porque les conviene, lo que causa perjuicios al Estado.

³⁰ De hecho, la propia FGE en la Instrucción 2/2009, de 22 de junio de 2009, en la introducción de la Instrucción, invita a que el juez no atienda a la negociación entre fiscal y defensa para que este no fuera «contaminado».

³¹ FERRÉ OLIVÉ, RECPC 20 (2018), 9; GARCÍA MOSQUERA, Revista Penal 40 (2017), 109.

De todas formas, se reivindica sin tapujos las mencionadas negociaciones a puerta cerrada entre fiscal y letrado defensor para evitar que el juez encargado de dictar sentencia se «contamine» con dichas negociaciones³².

3. Potenciales peligros

Además de las desventajas descritas, resulta conveniente advertir de determinados peligros derivados de una aplicación incorrecta de la regulación.

a) PÉRDIDA DE EXCEPCIONALIDAD

Como ya se ha indicado, la figura de la conformidad ha sobrepasado cualquier expectativa del legislador que pretendía que fuera una terminación anormal del proceso para descongestionar la Administración de Justicia. Su uso desmedido ha convertido la conformidad en la forma habitual de poner fin al proceso lo cual para determinados autores supone una gran amenaza³³.

b) FALTA DE CONTROL JUDICIAL

A través de la conformidad se asume que lo importante no es que la sentencia recoja los hechos reales y su posterior condena, sino aquello que el acusado está dispuesto a aceptar y que el fiscal considera suficiente³⁴. En muchos casos, la motivación de la sentencia es escasa, en tanto que las sentencias de conformidad rara vez vienen motivadas por el juez, que se limita a ratificar el acuerdo, sin analizar el fondo del mismo³⁵. Y si bien es cierto que, en teoría debe haber un control judicial acerca de la procedencia en la calificación de los

³² Instrucción 2/2009, de 22 de junio de 2009, sobre aplicación del protocolo de conformidad suscrito por la FGE y el Consejo General de la Abogacía Española solicitando que las negociaciones entre defensa y Fiscalía sean a puerta cerrada.

³³ En este sentido, MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura 36 (2020), 168; GÓMEZ COLOMER, *Revue Internationale de Droit Pénal* 83 (2012), 18; LAS-CURAIN SÁNCHEZ/GASCÓN INCHAUSTI, *InDret*. 3/2018, 5; VARONA/KEMP/BENÍTEZ, *InDret*, 1 (2022), 309.

³⁴ ASÍ DEL MORAL GARCÍA, *La conformidad en el Proceso Penal: reflexiones al hilo de su regulación en el ordenamiento español*, *Auctoritas Prudentium* 1 (2008), 5.

³⁵ VARONA GÓMEZ *La cara oculta de la justicia penal: La conformidad del acusado*, en: VALIENTE IVAÑEZ/RAMÍREZ MARTÍN, (Coords.), *Un modelo integral de derecho penal*, Madrid, 2022, 666.

hechos y en la pena propuesta, dicho control está supeditado en la práctica a la celeridad de los procesos³⁶.

c) CONFORMIDADES ENCUBIERTAS

Más de un autor alude al fenómeno de las «conformidades encubiertas»³⁷. Tal y como se ha indicado la conformidad está admitida para aquellos casos que no superen los seis años de pena privativa de libertad. Sin embargo, es posible asegurar que se está admitiendo la «conformidad» en casos en los que la pena de prisión es superior a dicho límite.

Legalmente no es posible una sentencia de conformidad, pero, se hace un «simulacro» de juicio en el que la prueba consiste únicamente en el reconocimiento de los hechos por el acusado y el órgano judicial dicta así una sentencia que, pese a no ser de conformidad formalmente, sí que lo es materialmente, saltándose así los límites previstos en la ley³⁸.

El TS, concedor de dicha práctica, ya se ha manifestado en contra, incidiendo en que «la conformidad no puede ser clandestina y fraudulenta, encubierta tras un supuesto juicio, puramente ficticio, vacío de contenido y que solamente pretende eludir las limitaciones legales»³⁹.

d) VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

El principio de igualdad también puede verse afectado tal y como se aplica la conformidad⁴⁰. En primer lugar, como se viene repitiendo, la conformidad depende en muchos casos, de una oferta que el fiscal propone al acusado, sobre la que el acusado debe decidir si la acepta o no. En dicha oferta, son varios los factores (prejuicios, estereotipos y sesgos) que pueden hacer que el fiscal

³⁶ GARCÍA MOSQUERA, *Revista Penal* 40 (2017), 108.

³⁷ Por todos, VARONA GÓMEZ/KEMP/BENÍTEZ, *InDret*. 1 (2022), 313; VARONA GÓMEZ, en: VALIENTE IVAÑEZ/RAMÍREZ MARTÍN, (Coords.), *Un modelo integral de derecho penal*, Madrid, 2022, 665; GARCÍA DURÁN/HERNÁNDEZ OLIVEROS, *La conformidad en el proceso penal, ¿un mal necesario?*, *Diario La Ley*, n.º 9935, 2022, 7. Incluso el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal hace referencia este fraude.

³⁸ VARONA GÓMEZ, en: VALIENTE IVAÑEZ/RAMÍREZ MARTÍN, (Coords.), *Un modelo integral de derecho penal*, Madrid, 2022, 665.

³⁹ STS 291/2016, de 7 de abril.

⁴⁰ Al respecto, OLAIZOLA NOGALES, *Nuevo Foro Penal* 82 (2014), 29; FERRÉ OLIVÉ, *RECPC* 20 (2018), 8; VARONA GÓMEZ, en: VALIENTE IVAÑEZ/RAMÍREZ MARTÍN, (Coords.), *Un modelo integral de derecho penal*, Madrid, 2022, 666.

realice una oferta diferente, según las características del acusado⁴¹. En segundo lugar, como estrategia, es habitual que en los escritos de acusación la fiscalía solicite penas más altas de las que realmente considera adecuadas, para situar al acusado en una posición favorable a la conformidad a la vista de la generosa rebaja que se le ofrece⁴². El acusado puede percibir que no acceder y exigir un juicio justo puede aparejar una pena más grave⁴³. En tercer lugar, en la práctica se está llevando a cabo el enjuiciamiento conjunto de acusados conformados y no conformados, dictándose sentencias de conformidad solo para algunos y continuando el proceso para los no conformados fuera de las excepciones previstas, con el sesgo que ello puede suponer para los no conformados⁴⁴.

III. EL FUTURO DE LA CONFORMIDAD: ANTEPROYECTO DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020 (ALECRIM)

1. Principales novedades

El ALECRim de 2020 apuesta por la introducción de forma amplia del principio de oportunidad. El texto recoge la conformidad entre «Las formas especiales de terminación del procedimiento penal», concretamente en el Título IV de su Libro I, explica el fundamento de las modificaciones en la Exposición de Motivos XXVI del Anteproyecto⁴⁵ y se desarrolla en los artículos 164 a 173 del texto. Además, se debe destacar, que, aunque no vaya a ser objeto de

⁴¹ VARONA GÓMEZ/KEMP/BENÍTEZ, InDret 1/2022, 333.

⁴² MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura 36 (2020), 189.

⁴³ La Sentencia 75/2007, de 16 de abril del Juzgado de lo Penal de Murcia justifica la no imposición de la pena en el grado mínimo porque «esto es lo que se les ofreció a los acusados para el caso de que se conformaran con los hechos objeto de la acusación, y rechazaron aceptar», también añade, para justificar la no concurrencia del atenuante, que «por otro lado, en la propia actitud de los acusados durante el juicio, pues si hubieran reconocido los hechos, o al menos no hubieran negado hasta lo más evidente, y no hubieran obligado a hacer un juicio larguísimo se justificaría el que se les tratara con más magnanimidad». Además, con relación a la posible suspensión de la pena, «para ser merecedor de este beneficio, al menos este juzgador entiende, hay que ganárselo, hay que merecerlo, hay que demostrar cierto arrepentimiento, alguna forma de colaborar con la Administración de Justicia, que está gastando mucho tiempo y dinero

⁴⁴ MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, Principio de oportunidad, justicia negociada y posición de las partes en el proceso penal, RDPP 56 (2019), 27.

⁴⁵ La oportunidad tiene también una clara manifestación en la regulación de la conformidad. En ciertos supuestos la concreta necesidad de pena, sin verse totalmente descartada, sí que impone la atenuación de la respuesta punitiva para el caso concreto. De ahí que se establezca también un margen de reducción de pena que el Ministerio Fiscal puede utilizar en el marco de una solución consensuada.

análisis por motivos de extensión del trabajo, la Exposición de Motivos XXV menciona nuevas figuras ligadas al principio de oportunidad, recogidos entre los artículos 174 y 180 del Anteproyecto⁴⁶.

a) PLURALIDAD DE ACUSADOS

Cuando concurra una pluralidad de personas físicas como acusados, se exige –como hasta ahora– la conformidad por parte de todos ellos. Este supuesto ya se exigía con anterioridad, por lo que el refuerzo del mismo por parte del legislador no responde sino a corregir prácticas que ya habían sido censuradas. En la práctica se está llevando a cabo el enjuiciamiento conjunto de acusados conformados y no conformados, dictándose sentencias de conformidad solo para algunos y continuando el proceso para los no conformados fuera de las excepciones previstas⁴⁷. La exigencia de que la conformidad sea prestada por todos los acusados sirve además para evitar que los acusados que no se conforman puedan recibir mayores penas.

b) SE SUPRIME EL LÍMITE PENOLÓGICO

Hasta la actualidad, la conformidad se reserva a aquellos acusados para los que se solicitara una pena igual o inferior a seis años⁴⁸. Sin embargo, el ALECrIm suprime dicha limitación penológica y permite la conformidad sin atender a la gravedad ni a la naturaleza de la pena solicitada. Cierta doctrina considera coherente esta supresión del límite penológico porque lo considera una forma de solucionar las conformidades encubiertas⁴⁹. Igual-

⁴⁶ Las nuevas figuras ligadas al principio de oportunidad que introduce el ALECrIm son: el archivo por razones de oportunidad, la suspensión del procedimiento por razones de oportunidad, el archivo reservado para preservar la investigación de una organización criminal, el archivo por colaboración activa contra una organización criminal y la impugnación por incumplimiento de los elementos reglados.

⁴⁷ MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, RDPP 56 (2019), 27; ORTEGA CALDERÓN, *El Derecho.com*, 2021, 3. En algunos casos el TS ha aceptado la conformidad de parte de los acusados, continuando el juicio para el resto, aludiendo a que no se generaba indefensión, puesto que no se trataba de conformidades, sino de «aceptación de los hechos y de las penas». Así, las SSTs 784/2012, de 5 de octubre; 91/2019, de 19 de febrero; 54/2023, de 13 de enero.

⁴⁸ Artículo 787 del LECrim.

⁴⁹ LÓPEZ YAGÜES, en: CALZA LÓPEZ/MUINELO COBO/DE PRADA RODRÍGUEZ (Dir.), *El impacto de la oportunidad*, Madrid, 2021, 279; GIBERT POMATA, *La conformidad en los procesos penales y los cambios que plantea el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal*, en CALZA LÓPEZ/MUINELO COBO/DE PRADA RODRÍGUEZ (Dir.), *El impacto de la oportunidad sobre los principios procesales clásicos: estudios y diálogos*, Iustel, Madrid, 2021, 222.

mente, el propio ALECrím indica en la Exposición de Motivos que «se legisla desde el realismo». Sin embargo, desde nuestro punto de vista, siguiendo a Mateos Rodríguez-Arias, las sentencias condenatorias por encima de un determinado número de años merecen ser dictadas tras un juicio oral con todas las garantías y regidos por los principios de oralidad, contradicción, inmediación y valoración de la prueba por el órgano jurisdiccional⁵⁰. Resulta por otro lado curioso que la forma de evitar una práctica fraudulenta sea convertirla en lícita.

c) LA ARTICULACIÓN DE LA CONFORMIDAD

En el texto del ALECrím quedan atrás la actual multitud de procedimientos con sus particularidades concretas para cada uno de ellos, y se unifica para todos ellos el momento procesal para acceder a la conformidad. El Anteproyecto obliga a que el acuerdo se produzca dentro de los 20 días posteriores a que se le notifique a la parte acusada el auto de apertura del juicio oral⁵¹.

Como novedad más relevante, destaca que, en los delitos en los que se solicita una pena superior a cinco años de prisión, para acceder a la conformidad se exige que el juez de conformidad oiga a todas las partes para cerciorarse de la existencia de indicios racionales de criminalidad más allá del reconocimiento de los hechos⁵². Esta previsión da lugar a plantear varias preguntas. En primer lugar, la cautela por parte del juez se exige sólo en los casos de penas solicitadas superiores a cinco años, sin que se aclare por qué no es necesaria tal previsión cuando las penas solicitadas sean menores. De esta forma, el legislador parece considerar necesario un control judicial más severo en los casos en los que los presuntos hechos sean más graves, obviando que todo juicio de responsabilidad penal debería aparejar el mismo control⁵³. En segundo lugar, se plantea la cuestión de por qué se establece el límite en cinco años, y no en seis, teniendo en cuenta que en la actual LECrím no se permite la conformidad

⁵⁰ MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura 36 (2020), 292.

⁵¹ En virtud del artículo 171.1 del ALECrím: «No cabrá la conformidad transcurridos veinte días desde la notificación a la defensa del auto de apertura del juicio oral».

⁵² Artículo 172.3 del ALECrím: «Si la pena aceptada es superior a cinco años de prisión, el juez oirá a todas las partes acerca de la existencia de indicios racionales de criminalidad adicionales al reconocimiento de los hechos».

⁵³ ORTEGA CALDERÓN, El Derecho.com, 2021, 5.

cuando la pena solicitada sea superior a seis años. La tercera cuestión se refiere a si debe el juez de conformidad tratar de acreditar los hechos que las partes aducen o bastará con oír a las partes ⁵⁴.

d) **AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD: EL FISCAL COMO DUEÑO DEL PROCESO**

El ALECRim señala que, en los supuestos de conformidad, el fiscal puede solicitar la imposición de la pena inferior en grado a la prevista por la ley, en los términos que prevea el CP ⁵⁵. Es importante recalcar que la rebaja de un grado no es imperativa (tal y como sucede actualmente con la rebaja de un tercio de la pena en las conformidades premiadas en los juicios rápidos) sino que la decisión sobre la rebaja o no de la pena queda en manos del MF. Además, aunque no nos detengamos por razones de espacio, es importante recalcar que el ALECRim amplía la posibilidad de terminar el procedimiento penal por razones de oportunidad y prevé cuatro supuestos: el archivo por razones de oportunidad ⁵⁶; la suspensión del procedimiento ⁵⁷; Archivo reservado para preservar la investigación criminal ⁵⁸ y el archivo por colaboración activa contra una organización criminal ⁵⁹.

Por otro lado, la aprobación del Reglamento de la Fiscalía Europea en 2017 constituye el impulso definitivo a la reforma estructural del proceso penal español, puesto que viene a introducir la figura del fiscal investigador en nuestro sistema jurídico. El ALECRim suprime la figura de los jueces de instrucción y otorga al MF las funciones que estos realizaban.

⁵⁴ RODRÍGUEZ-GARCÍA, La conformidad en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020: reflexiones y materiales para su futura redefinición, Revista Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas 5 (2020), 45 s.

⁵⁵ Artículo 170.5 ALECRim.

⁵⁶ Artículo 175 ALECRim conforme al cual el fiscal puede decretar el archivo total o parcial de la investigación para delitos castigados con hasta dos años de prisión, con multa o con privación de derechos de hasta diez años. Se exigen, es verdad, una serie de requisitos basados en la insignificancia del hecho, o falta de necesidad de la pena.

⁵⁷ Artículo 176 ALECRim conforme al cual en los supuestos de delitos castigados con penas de prisión de hasta cinco años o con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, el fiscal podrá acordar la suspensión del procedimiento de investigación, condicionándola al cumplimiento por la persona encausada de una o varias obligaciones.

⁵⁸ Artículo 178 ALECRim, conforme al cual el fiscal podrá acordar el archivo del procedimiento cuando su incoación o continuación pueda poner en grave riesgo la tramitación de otra causa declarada secreta y relativa a delitos de terrorismo o a las actividades de una organización criminal.

⁵⁹ Artículo 179 ALECRim conforme al cual el fiscal podrá disponer el archivo del procedimiento en los supuestos de delitos castigados con penas de hasta seis años de prisión o con penas de otra naturaleza, cometidos en el seno de una organización.

Por razones de espacio tampoco podemos detenernos extensamente en la valoración de la figura del fiscal instructor, por lo que solo planteamos en este apartado una breve reflexión. Aunque otorgar la instrucción del proceso al MF no vulnere preceptos constitucionales, ya que el art. 117.1 de la CE se refiere exclusivamente a «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» como función propia de los órganos jurisdiccionales, e instruir no se corresponde con ninguna de las dos, desde nuestro punto de vista, la investigación debe llevarse a cabo por una institución equidistante entre la acusación y la defensa, posición equidistante que no posee el MF. Como señala Armenta Deu, si se cuestiona la imparcialidad del juez instructor por encaminar sus actuaciones o aquellas que encomienda a la policía judicial hacia la búsqueda de pruebas de cargo, cuánto más se cuestionará al MF⁶⁰. Además, la Fiscalía no es políticamente independiente, puesto que se organiza bajo los principios de unidad y dependencia y el Fiscal General del Estado es nombrado por el propio Gobierno.

Por último, si, por un lado, el MF asume la investigación y, por otro se amplía bajo su dirección el principio de oportunidad, nos encontraremos ante un proceso sin suficientes contrapesos ya que el MF es el encargado de la investigación y a su vez dispone del ejercicio de la acción penal⁶¹. Así, el MF se presenta como autentico (y casi único) dueño del proceso penal⁶². Debe tenerse en cuenta que el juez no puede aludir a otras razones que las señaladas en el ALECrím para impugnar una actuación del MF. Así, en los supuestos de conformidad puede no homologar el pacto entre las partes sólo en tres supuestos⁶³: el primero de ellos cuando la calificación jurídica sea indebida o la pena sea improcedente, el segundo cuando se evidencie que la conformidad no se ha prestado libremente y, por último, cuando se produzca una solicitud expresa y fundada de la defensa para que se celebre el juicio. En los demás supuestos las personas ofendidas y perjudicadas por el delito y las acusaciones personadas podrán impugnar ante el Juez de Garantías los decretos del fiscal dictados en los supuestos de los artículos 176, 177 y 179 únicamente cuando entiendan que no se han respetado los elementos reglados que facultan al fiscal para aplicar el principio de oportunidad.

⁶⁰ ARMENTA DEU, El fiscal instructor ¿es necesario? Cuadernos de Derecho Público 16 (2002), 218.

⁶¹ En sentido similar, ARMENTA DEU, Cuadernos de Derecho Público 16 (2002), 220 s.; ANDRÉS IBÁÑEZ, Teorder 1 (2007), 24 s.

⁶² MATEOS RODRIGUEZ-ARIAS, Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura 36 (2020), 286.

⁶³ Artículo 172 del ALECrím.

e) EL JUEZ DE CONFORMIDAD

Con el Anteproyecto nace una nueva figura, el juez de conformidad⁶⁴. Esto evidencia la intención del legislador de desvincular al juez encargado de revisar y controlar los términos de la conformidad del juez de enjuiciamiento y ejecución de la sentencia, a la vez que lo desvincula también de las labores de instrucción, de las cuales se encarga el MF. La distinción entre el juez de conformidad y el juez encargado del enjuiciamiento evitará que este último beneficie los acuerdos como forma de terminar el proceso penal⁶⁵.

IV. CONCLUSIÓN

Parece indudable que vamos hacia una ampliación de la aplicación del principio de oportunidad y que cada vez es mayor el número de voces que lo asumen como algo positivo o al menos inevitable. Sin embargo, a pesar de que pueda parecer una obviedad, queremos insistir en que, mientras se alude como argumento a la imposibilidad de que el sistema pueda dar respuesta a enjuiciar todos los asuntos, se incrementa el número de delitos y se utiliza el CP para dar respuesta a comportamientos cuya relevancia penal es al menos cuestionable. Es necesario volver a plantear seriamente el principio de *ultima ratio* del Derecho penal. Sin embargo, en estos momentos, como afirma Rodríguez García respecto al ALECrím «no hay engaño: quiere más Derecho penal con menos o más cortos procesos penales en los que tenga un lugar privilegiado el consentimiento»⁶⁶.

La aplicación de la conformidad implica la no celebración del juicio. Se repite de manera constante que la aplicación del principio de oportunidad, y concretamente de la conformidad, debe respetar todas las garantías. Sin embargo, como hemos puesto de manifiesto, la conformidad pone en peligro principios y derechos básicos y su aplicación ha demostrado la realización de prácticas irregulares. El ALECrím amplía el ámbito del principio de oportunidad y también confiere la competencia de investigación al MF, lo que tiene como consecuencia que la fiscalía se convierta en el dueño del proceso sin suficien-

⁶⁴ Artículo 169.1 del ALECrím.

⁶⁵ FERRÉ OLIVÉ, RECPC 20 (2018), 16; MATEO RODRÍGUEZ-ARIAS, Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura 36 (2020), 292. RODRÍGUEZ-GARCÍA, Revista Asociación de profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas 5 (2020), 35.

⁶⁶ RODRÍGUEZ-GARCÍA, Revista Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades españolas 5 (2020), 51.

tes contrapesos. Todo ello resulta un cambio en el sistema muy importante y creemos que no se está reflexionando lo suficiente al respecto. Estamos de acuerdo con Andrés Ibáñez, cuando afirma que «eliminar el juicio como momento nuclear del proceso lleva a que la decisión se apoye, en exclusiva, en datos de la investigación, unilateralmente obtenidos e instaura la lógica puramente negocial del *toma y daca*»⁶⁷.

Terminamos este trabajo manifestando nuestra alegría por poder participar en el merecido homenaje a Javier de Vicente Remesal, un excelente penalista y gran amigo.

⁶⁷ ANDRÉS IBÁÑEZ, Teorder 1 (2007), 18.

CAPÍTULO XCIX
APRECIACIÓN DE LA PRUEBA DE TESTIMONIO ÚNICO

DIEGO OLIVERA ZAPIOLA
Juez de Garantías de la Provincia de Buenos Aires.
Profesor Titular de Derecho Procesal Penal,
Universidad Atlántida (Argentina)

*«El derecho se transforma constantemente.
Si no sigues sus pasos, serás cada día
un poco menos abogado».*
Herbert L. A. Hart (1907-1992)

El trabajo aborda la situación del testimonio singular, como elemento de apreciación de la prueba, erigido como única y exclusiva apoyatura de una decisión judicial condenatoria, en el marco de un sistema de evaluación de la prueba gobernado por las reglas de la sana crítica racional—, se analizan las características particulares que deben presentar las denominadas garantías de certeza del testimonio y su perspectiva en atención al estándar de prueba más allá de toda duda razonable acuñado en el sistema del *common law*.

I. INTRODUCCIÓN

La inspiración hacia el abordaje del tema se presenta con el fallo de la Cámara de Apelación de la Circunscripción de Comodoro Rivadavia, Chubut en los actuados JAG s/Abuso sexual con acceso carnal y Robo agravado por

escalamiento Investigación Fiscal 21.055 en carpeta individual 2.135. Allí se debatió la validez del testimonio único en orden a una perspectiva más cercana a la víctima y al razonamiento judicial basado en la prueba racional. Como premisa esencial dejo sentado que los sistemas de apreciación de la prueba que la doctrina reconoce de manera mayoritaria son, en esencia, tres: de las pruebas legales, de la sana crítica y de libres convicciones (no tratada aquí debido a su aplicación fundamental en los procesos con intervención de jurados legos).

II. PRUEBA TASADA

Radica esencialmente en que la ley la que define anticipadamente, el valor o grado de eficacia que tiene cada medio probatorio. Ello permitía un mayor control sobre la decisión del Juez, quien carece de libertad de apreciación, por cuanto deberá respetar el valor o eficacia que indica la ley. Este sistema también suele ser denominado de prueba tarifada o tasada. El origen histórico del sistema se remonta al primitivo derecho germánico, e imperó en el mundo occidental hasta la Edad Moderna, dando lugar a la formulación de principios rígidos y con frecuencia extravagantes, tales como:

- declaración de un testigo intachable: valía «media prueba»;
- testimonio calificable como sospechoso: valía «menos de media prueba»;
- deposición de un testigo intachable y de otro sospechoso: valía «más media prueba»;
- la declaración única carecía de valor y no servía para probar el hecho –*testis unus, testis nullus*–, demandando, al menos la manifestación de dos testigos intachables y con expresiones concordantes.

En el ámbito de la tradición judeocristiana también estaba vedado aplicar una condena sobre la base de un testimonio único: *testimonium unius non valet*, o en su formulación más difundida: *unus testis nullus testis*¹. El término testigo proviene de *testibus*, que significa dar testimonio de verdad de un hecho. Hugo Alsina señala que deriva de testando, que representa: referir o narrar². Las denominadas «pruebas legales» han perdido autoridad por la forma en que los jueces lo aplicaban y por las arbitrariedades a que daban lugar, surgiendo así sistemas que proporcionan autonomía en la apreciación de las pruebas.

¹ Deuteronomio, 19, 15; y Evangelio de San Mateo, 18, 16.

² ALSINA, Hugo, Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, III, 2.ª ed., Ediar, Buenos Aires, 1958, p. 536.

Especialmente en casos de delitos contra la integridad sexual, es en absoluto frecuente que se cuente con el testimonio de la víctima como única en contraposición a la presunción de inocencia del imputado. Frente a ello, también es habitual la ausencia de elementos probatorios que permitan corroborar la incriminación.

Frente a ello la tradicional definición de testigo, lo posiciona como aquella persona que resulta ser un tercero ajeno al hecho delictivo y que, como tal, se encuentra en una posición de imparcialidad objetiva; no predicable cuando se verifica la presencia del testigo-víctima. Justamente por ello, para tratar de superar esta falta de imparcialidad, es necesario contar con alguna corroboración para permitir superar la sospecha. Cuando la prueba de cargo viene constituida única o principalmente por la declaración de la víctima, la atención se concentra en torno a su validez, como dato de persuasión para construir sentencia condenatoria.

III. LA SANA CRÍTICA EN LA VALORACIÓN³ DE LA PRUEBA

El Código Procesal Penal de la Nación Argentina adoptó el método de la sana crítica o persuasión racional, para la valoración de la prueba (arts. 241; 263, inc. 4 y 398), eliminando el sistema de pruebas tasadas, vigentes en el derogado Código de Procedimientos en Materia Penal (art. 306)⁴. Y se encuentra también presente en el Código Federal (art. 134). Por conducto de la sana crítica el sentenciador tiene libertad de apreciar las pruebas aportadas al juicio, de acuerdo con la lógica y las reglas de la experiencia que, según su criterio personal, son aplicables en la valoración de determinado medio de prueba⁵. Las reglas de este sistema no son otras que las que prescribe la lógica y derivan de la experiencia, las primeras con carácter permanente y las segundas, variables en el tiempo y en el espacio⁶. Además de lógica, asume la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia de las que todo hombre se sirve en la vida. Esas conclusiones no tienen la estrictez de los principios lógicos tradicionales, sino que son contingentes y variables con relación al tiempo y al lugar.

El latinazgo examinado, sugiere la descalificación de dicha medida probatoria y ha sido superada en la evolución del derecho procesal penal, pues la exclusión del valor probatorio no tiene real fundamento, dado que si bien no existe

³ TARUFFO, Michele. La prueba, 2008, p. 132, así la valoración tiene por objeto establecer la conexión final entre los medios de prueba presentados y la verdad o falsedad de los enunciados sobre los hechos del litigio.

⁴ Cncrim y Corr., Sala V, causa n.º 19634/2013, «V. A. Y otro S/ Hurto con escalamiento» del 03/09/2013.

⁵ HENRIQUES LA ROCHE, Ricardo, Código de Procedimiento Civil, III, Ed. Liber, Caracas, 2004, p. 594 ss.

⁶ ALSINA, Tratado teórico-práctico... Obra de cita, I, 2.ª ed, Ediar, Buenos Aires, 1958, p. 127.

la garantía que supone la concordancia entre las declaraciones de varios testigos, ella puede compensarse con la calidad del testigo único y la experiencia y severidad con que el juez aprecie el testimonio. No puede perderse de vista la obligatoria perspectiva actual del derecho de víctimas a la luz de la Ley 27.232.

Conforme lo expresado, la apreciación de la prueba testifical deberá hacerse según las reglas de la sana crítica, de lo que cual se colige que el testimonio único puede constituir plena prueba, a condición de que después del cuidadoso análisis que impone la valoración del medio probatorio, el juzgador encuentre asidero suficiente en que los hechos (fuente de prueba) ocurrieron en la forma cómo los ha narrado su aportante. En tal sentido, el juez estimará los motivos o razones que tuvo el testigo por su profesión, edad, vida y costumbres.

No autoriza este sistema sin embargo a valorar arbitrariamente el plexo probatorio, a contrario, le exige que determine el valor de las pruebas haciendo un análisis razonado de ellas, siguiendo las reglas de la lógica, de lo que le dicta su experiencia, el buen sentido y el entendimiento humano. Consecuencia de ello, se le exige al juzgador funde su sentencia y exprese razones concediendo o no eficacia probatoria al material evaluado. Si bien la ley procesal en concreto no define las reglas de la sana crítica, la misma es extraída de la aplicación de la lógica y de la experiencia del juez, de acuerdo, con el recto entendimiento humano. Ha afirmado Couture⁷ que las reglas de la sana crítica provienen del correcto entendimiento humano, son contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse una sentencia o bien, entenderlas como aquellas que son aconsejadas por el buen sentido aplicado con recto criterio, extraídas de la lógica, basadas en la ciencia, la experiencia y en la observación, para discernir lo verdadero de lo falso.

La fundamentación de la sentencia no debe ser entendida como una limitación a estas reglas de la sana crítica, sino hace al contenido esencial de la sentencia para evitar el accionar arbitrario de uno de los estamentos estatales, y será justa, en la medida en que tenga idoneidad para demostrar que efectivamente lo es. Los tribunales nacionales –al igual que los internacionales– tienen la potestad de apreciar y valorar las pruebas conforme las reglas aludidas, evitando adoptar una rígida determinación del *quantum* de la prueba necesaria para fundar un fallo⁸. Ello permite una amplia flexibilidad en la valoración de la prueba rendida ante ellos sobre los hechos del proceso, de acuerdo con las

⁷ COUTURE, Eduardo J, Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba judicial, JA, 71-84, Sec. Doctrina.

⁸ Corte IDH, Caso Juan Humberto Sánchez. (2003). Serie C No. 99, párr. 30; Caso «Cinco Pensionistas» (2003). Serie C No. 98, párr. 65; Caso Cantos. (2002). Serie C No. 97, párr. 27.

reglas de la lógica y con base en la experiencia⁹. Debo adelantar que no existe en nuestro sistema procesal reglada la máxima *testis unus, testis nullus*, de modo que el testimonio no debe ser descalificado por el solo hecho de ser solitario o singular. No excluye lo apreciado precedentemente su valoración con severo rigor crítico, pero no puede ser descartado sin un análisis profundo de cada situación. El juzgador puede inclinarse por lo que le merece mayor fe en concordancia con los demás elementos de mérito que puedan obrar en el expediente, siendo ello, en definitiva, una facultad privativa del magistrado. Lo importante es que el testimonio no debe presentar signos de mendacidad tampoco incoherencias o contradicciones que permitan invalidarla¹⁰.

Al amparo del sistema vigente la credibilidad de una prueba testimonial no depende del número de deponentes, ni a sus cualidades de ciudadanía, sino que debe valorarse bajo el prisma de la verosimilitud de sus dichos, probidad científica del declarante, latitud y seguridad del conocimiento que manifiesta, razones de la convicción que declara, confianza que inspira –entre otros tópicos-. Por ello, carece de importancia que uno de los testimonios sea individual o singular con relación a las circunstancias del caso, pues la verdad se examina ponderando todas las circunstancias con criterio objetivo y valorar los dichos de los declarantes. Queda en claro que tiene entidad para ser considerada prueba válida de cargo y, por ende, virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones¹¹. La rigidez del axioma *testis unus...* determina que el método de valoración probatoria sea apto para conducir hacia la frustración de resultados en la investigación del delito, pues impide cualquier esfuerzo racional del juzgador y desestimula el ejercicio de la acción penal al oponerse a la realidad de que en muchos casos el declarante puede ser real o virtualmente testigo único e inclusive tener tal condición tan solo la propia víctima. En la sistemática procesal penal que impera a partir de sanción del CPPN, en materia de valoración probatoria no hay disposición normativa que le indique al operador judicial qué valor debe darle a un testimonio, pues esa es una labor eminentemente intelectual de persuasión racional, de acuerdo con los postulados que informan la sana crítica, esto es, atendiendo los principios lógicos, las leyes de la ciencia y las

⁹ Corte IDH, Casos: Juan Humberto Sánchez, párr. 30; «Cinco Pensionistas», párrafo 65; y «Cantos», párrafo 27.

¹⁰ Caso JAG de la Cám. de Apelación de Comodoro Rivadavia Chubut, con alusión al principio de razón suficiente, y cita del caso Sicardi (C. N. Cas. Pen., Sala II, causa «Sicardi, Christian...», sentencia del 2-02-10).

¹¹ CNCP, Sala II, causa n.º 2541, «Rota, Jorgelina Hebe s/recurso de casación», reg. n.º 594.00.3 del 03/10/2000, en igual sentido CNCP, Sala I, Sala I, «González, Julio G. s/recurso de casación», del 25/11/1997.

máximas de la experiencia ¹² o el sentido común, a fin de convencerse razonada, científica y técnicamente, para llegar a la decisión que en derecho corresponda.

La prueba testimonial pondrá a funcionar los referentes empíricos y lógicos previstos en la respectiva legislación procesal, los cuales no necesariamente emergen de otras pruebas, tales como la naturaleza del objeto percibido, la sanidad de los sentidos por medio de los cuales se captaron los hechos, las particulares circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, lo relativo a la personalidad del declarante, la forma como hubiere declarado y otras singularidades detectadas en la deposición, datos que ordinariamente se suministran por el mismo deponente y, por ende, dan lugar a una suerte de control interno y no necesariamente externo de la prueba. Frente a los supuestos de prueba en solitario también es factible llegar a una conclusión de verosimilitud, racionalidad y consistencia a partir del respectivo medio de conocimiento, o todo lo contrario, ya que la valoración individual es un paso previo a la evaluación conjunta, cuando existe la posibilidad de dicho ejercicio, pero esto que es una obligación frente a la realidad de la existencia de multiplicidad de medios de convicción, de todas formas no condiciona el camino a la adquisición del conocimiento más allá de toda duda razonable ¹³, posible aún con base en una sola prueba, porque ese mismo control interno operado respecto, por ejemplo, de testigos que suministran aseveraciones o hechos de signo contrario a los aportados por esta, puede permitir descubrir en esa pluralidad aparentemente homogénea y fiable la fuerza o coacción ejercida para impedir un relato veraz y desinteresado o el acuerdo dañado para declarar en un mismo sentido. Entonces, la circunstancia de que se deba tomar el testimonio del testigo único como una dirimente prueba de cargo exige un análisis riguroso sobre la consistencia y congruencia en sus dichos ¹⁴.

Importa también contrastar la verosimilitud de los dichos con respecto al relato efectuado por el encausado en sus descargos, a fin de determinar, de conformidad con las reglas de la lógica y la experiencia común, si la versión de los hechos brindada por la denunciante se erige como suficientemente sólida como

¹² STEIN, Friedrich refiere que las máximas de experiencia, «son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos». STEIN, Friedrich, *El conocimiento privado del juez*, Editorial Temis, Bogotá, 1988, p. 27.

¹³ Parámetro tributario del sistema anglosajón y que es parte de las instrucciones al jurado como garante del principio de la duda razonable.

¹⁴ Causa JAG de la Cámara de Comodoro Rivadavia Chubut, recuerda que los testimonios deben ser valorados con arreglo a la sana crítica racional, siguiendo lineamientos fallo Casal de la SCJN, con cita de Cafferata Nores.

para superar el estado de inocencia de la que goza el imputado. No debe surgir de las actuaciones la existencia de algún motivo valedero para dudar de la veracidad del relato de la víctima respecto del modo en que se desarrollaron los hechos¹⁵. Es deber del investigador y del contraexaminador, someter al testigo a un testeo de confianza y confrontarlo con otras evidencias –si las hubiera– que abonen sus expresiones. La sentencia reflejará la eficacia de convicción que el magistrado le asigne sobre la sinceridad o credibilidad del testigo. Lo esperado de una investigación de una conducta punible es que se incorporen la mayor pluralidad de pruebas de distinta fuente y naturaleza posible, que individualmente apreciadas y, luego, confrontadas unas con otras, permitan una prolija reconstrucción lo más aproximada posible a la verdad histórica, para llegar a una conclusión jurídica fiable, por la concordancia y convergencia de hechos o aseveraciones.

Para que el testimonio único de quien presencié los hechos ilícitos legitime una sentencia condenatoria, es menester que el mismo ofrezca garantía de conocimiento y veracidad tal que sea capaz de convencimiento, bien sea por la evidente razón de haber conocido los hechos o por determinadas circunstancias personales que lo conviertan en un testigo insospechable de parcialidad. Por lo que el juzgador, a efecto de determinar si la manifestación del testigo único reúne tales características deberá atender a la forma en que se desarrollaron los hechos, a las circunstancias de su realización, a las particularidades que revista tanto el testigo como su declaración y, además, a que lo testificado por este se encuentre reforzado con el resto de las pruebas indirectas que determinen la responsabilidad penal que se le atribuye al sentenciado¹⁶. No se deben haber fragmentado las pruebas, ni analizado las mismas de manera aislada, sino que se las debe haber correlacionado entre sí de manera armónica, a fin de poner el fallo a resguardo de la atribución de arbitrariedad¹⁷.

Pautas que hacen a la crítica del testimonio: i) la veracidad, entendida como ausencia de indicios de mendacidad; ii) la verosimilitud, que debe ser investigada en el examen intrínseco del contenido de la declaración, y en la

¹⁵ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Los hechos en el Derecho. p.191 refiere a la necesidad de acreditar la racionalidad de las decisiones.

¹⁶ «No constituye un pronunciamiento judicial válido la sentencia que al interpretar la prueba se limitó a un análisis parcial de los elementos de juicio, omitiendo la ponderación de otros que, integrados y armonizados con aquellos, podrían resultar conducentes para la solución del pleito, defecto que lleva a desvirtuar la eficacia que, según las reglas de la sana crítica corresponde a los medios probatorios». Fallos 325:1511

¹⁷ Fallos: 303:640; 323:3937, «Las reglas de la sana crítica exigen integrar y armonizar debidamente las pruebas producidas, lo cual tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, exigiendo que las sentencias sean fundadas y que constituyan derivación razonada del derecho vigente, con aplicación de las circunstancias comprobadas de la causa». CFCP, Sala II, causa 8.404, «García Antón, Eduardo Daniel s/ recurso de casación», reg. 13.083, resuelta el 14/08/2008.

medida de las posibilidades, por su confrontación con otros elementos de prueba o de otros datos o informaciones disponibles que pudieran ser corroborados o poner en duda la exactitud de lo declarado; y iii) la persistencia o las vacilaciones en la incriminación.

Cuando la prueba de cargo viene constituida por la nuda declaración de la víctima, el análisis de su testimonio deberá centrarse en los siguientes aspectos:

1) la declaración de la víctima es prueba hábil para enervar la presunción de inocencia: se trata de una declaración prestada por quien tiene un conocimiento extraprocesal y directo de los hechos, de forma que aun cuando pueda reconocerse en esa persona, al menos, un interés directo en la condena de aquél a quien denuncia como culpable, ello no es suficiente para negar a su declaración todo valor probatorio, aunque obligue a incorporar a la valoración de esa declaración las necesarias dosis de prudencia. Esto se debe a que el momento de mayor tensión entre los derechos de las víctimas y la necesidad de castigar a los autores de delitos, por un lado, y, por otro lado, el derecho a la presunción de inocencia se produce cuando la víctima es quien, actuando como denunciante, aporta la *notitia criminis*, para sostener una pretensión de condena contra el denunciado;

2) la posibilidad de valorar como prueba de cargo la declaración de la víctima no puede suponer en la práctica que la denuncia venga a quedar revestida de forma automática de un manto de credibilidad que sitúe al denunciado en la obligación o ante la necesidad de demostrar su inocencia: el estado de inocencia sigue vigente hasta que la valoración de todas las pruebas de cargo y de descargo sea realizada por el órgano juzgador. Es necesario examinar y valorar la suficiencia de la prueba de cargo para enervar el estado de inocencia previamente existente. El imputado goza de un estado jurídico de inocencia que no debe construir, sino que compete al Estado destruirlo, probando, si puede, su culpabilidad en un proceso desarrollado en legal forma.¹⁸;

3) debido precisamente a la cautela con la que debe ser considerada, en el marco de la labor valorativa, es preciso comprobar de modo explícito la concurrencia de algunas notas, lo que contribuye a objetivar la valoración. Se debe comprobar la ausencia de razones que excluyan o debiliten seriamente la

¹⁸ En el caso «Suárez Rosero», (1997), la Corte IDH estimó que en el principio de presunción de inocencia «subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada»(párr. 77). En cuanto a su significado, la Corte IDH entendió en el caso «Cantoral Benavides» (2000) que «El principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla» (120).

credibilidad de lo afirmado; la existencia de elementos de corroboración que avalen su versión; y la consistencia interna de su declaración. No se trata de requisitos de la prueba, de manera que de concurrir todos ellos haya que afirmar que la declaración resulta necesariamente creíble, y que de no hacerlo debe ser en todo caso desechada. Se trata de pautas de razonamiento que explicitan la valoración de la declaración testifical e introducen elementos objetivos de control acerca de la racionalidad del proceso valorativo. La CSJN predica: «...el examen de un proceso exige al juez valorar la concatenación de los actos, de acuerdo con la sana crítica racional y atendiendo a las reglas de la lógica (...)»¹⁹. De tal forma, comprende la necesidad de valorarlos distintos medios, explicando las razones que ha tenido el juez para formar su convicción al ponderar con sentido crítico la variedad de pruebas. Se sintetiza en el examen lógico de los distintos medios, conforme las reglas de la experiencia, la lógica, el sentido común y la psicología, las que interactúan mediante operaciones inductivas, deductivas y abductivas.

IV. CONCLUSIÓN

El aforismo latino «*testis unus testis nullus*» carece de valor en nuestro sistema de libre apreciación de la prueba por el órgano juzgador, pudiendo, el testigo único ser válido *per se* para destruir la presunción de inocencia del imputado.

Sintéticamente es posible afirmar que:

- 1) por vía de principio, los dichos del denunciante como testigo único son suficientes para sustentar una condena, aún en ausencia de otra prueba de cargo; y
- 2) para que ello suceda debe haber coherencia y consistencia. No deben ser dichos inverosímiles, cuidando, en todo momento, no incurrir en violación a las reglas de la sana crítica.

Todo ello bajo las siguientes condiciones: i) debe exhibir un conocimiento directo y personal de los hechos; ii) expresar lo que sabe con precisión, claridad y detalles; iii) fundamentar sus aseveraciones; iv) explicar claramente las razones que permitan evaluar que su conocimiento y sus expresiones son veraces; y v) exhibir absoluta objetividad y sinceridad.

¹⁹ CSJN, Fallos 311:2045

Los dichos de quien así declare no deben aparecer contradichos por ningún elemento de juicio en la causa que lleven al juez a dudar y deben lucir convincentes. Las garantías de certeza conforme Climent Durán²⁰ son las siguientes:

a) ausencia de incredibilidad subjetiva: que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar la necesaria certeza;

b) verosimilitud: que no solo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones en el ámbito de periferia, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria. Deberá ponderarse y prestar extremada atención a los detalles de lugar, tiempo y modo que como datos objetivos complementen la constatación narrativa, y por último;

c) persistencia en la incriminación: debe ser prolongada en el tiempo, reiteradamente expresada y expuesta sin ambigüedades ni contradicciones. La declaración ha de ser: concreta y precisa narrando los hechos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar, coherente y sin contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre sus distintas partes; persistente en un sentido material y no meramente formal, es decir constante en lo sustancial de las diversas declaraciones, y no deben estar sumergida en serias ambigüedades, generalidades o vaguedades.

El estado de duda²¹ se evidencia cuando los motivos que conducen a afirmar y negar se presentan en rango de paridad, representando la oscilación entre la certeza positiva y negativa. Dicha paridad de volumen de los motivos lleva a aplicar el beneficio de la duda, cuando provoca en el ánimo del juzgador la duda razonable²², que impide llegar al grado de certeza que requiere una sentencia de condena. La duda razonable que determina la aplicación del principio *in dubio pro reo*²³, debe resultar de una situación de paridad invencible generada por la prueba producida en la causa que no permita decidir con el grado de certeza que la ley requiere. El estándar de

²⁰ CLIMENT DURÁN, Carlos, La prueba penal, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2005, p. 218 ss.

²¹ TARUFFO, Michelle, Simplemente la verdad, 1993, p. 221 hace referencia a las condiciones de incertidumbre, entendida ésta justamente como la duda entre la verdad y la falsedad.

²² «La duda no puede reposar en una pura subjetividad y la aplicación del instituto del beneficio de la duda debe ser el resultado de un razonar correcto, derivado de la racional y objetiva valoración de las constancias de la causa» (Fallos 324:1365; 311:948; 322:702)

²³ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. Variaciones sobre la presunción de inocencia, 2012, Marcial Pons, p. 209, sostiene que el estado de duda opera cuando se verifica la incertidumbre en la fijación taxativa de los hechos.

prueba más allá de toda duda razonable²⁴ (en el sistema anglosajón se habla de «*beyond a reasonable doubt*»), implica un elevado modelo de convicción para proteger del error humano al imputado. El proceso penal debe renunciar, por principio, y desde el principio, a la búsqueda de la verdad ontológica, sino que debe hacerlo atemperando esa meta a las limitaciones que se derivan no solo de las propias leyes del conocimiento, sino de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y de las normas, formalizadas e impurezas del proceso penal. Debe resolverse *pro reo* la eventual duda que subsista cuando todas las pruebas hayan sido analizadas²⁵. En la adopción del estándar de duda razonable subyace la pretensión de que existan más absoluciones erróneas que condenas erróneas. La lógica que se encuentra detrás es que mientras más alto es el estándar de prueba para el Ministerio Fiscal, menos probable condenar al inocente. Se establece una barrera que debe superar el acusador en las pruebas presentadas. Trata, pues, de un estándar que debe expresar en sí mismo una cantidad objetiva de prueba, un *quantum* de evidencias exigible. el órgano juzgador está constreñido a objetivar su decisión sobre los hechos, indicando los criterios seguidos y argumentando las razones por las que ha considerado que un determinado hecho está probado, o, en su defecto, porqué no. El análisis del testigo singular... exige un análisis riguroso sobre la consistencia y congruencia, que no presenten lagunas ni contradicciones, y debe persuadir, más allá de toda duda razonable, con certeza apodíctica, esto es certidumbre absoluta, al órgano jurisdiccional respecto del suceso sobre el que declara, para fundar legítimamente una sentencia de condena²⁶ (art. 403 CPPN y art. 305 CPPF).

²⁴ La jurisprudencia de la Corte Suprema de USA ha mantenido inalterable el estándar de la duda razonable, se encuentra consagrado en la sexta enmienda. Así se ha dicho, entre otros, en los fallos: Jones v. U. S., 526 U. S. 227 (1999); Apprendi v. New J., 530 U. S. 466 (2000); Ring v. Arizona, 536 U. S. 584 (2002) y Cunningham v. California 549 U. S. 270 (2007).

²⁵ TARUFFO Michele, Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba, Editorial Metropolitana, Santiago, 2009, p. 36.

²⁶ «Para que no resulte violado el principio de razón suficiente, por el hecho de que una sentencia se fundamente solo en las manifestaciones de un único testigo, es necesario que se hayan aplicado correctamente las reglas de lógica y la experiencia común que con toda la rigurosidad impone el sistema de valoración de la prueba acorde la sana crítica racional... debe haber sido integrado a través de un confronto crítico, no se deben haber fragmentado las pruebas, ni analizado las mismas de manera aislada, sino que se deben haber correlacionado entre sí de manera armónica, lo que pone el fallo a resguardo de una atribución de arbitrariedad». Fallos: 303:640.

CAPÍTULO C

EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL DE LA POTESTAD DE LA CONDENA DEL ABSUELTO EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO

JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO ¹

Decano (e) y director académico de la Facultad de Derecho
y Ciencia Política, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima (Perú)

FERNANDO VICENTE NÚÑEZ PÉREZ ²

Profesor de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal,
Universidad de San Martín de Porres (Perú)

*Al profesor Dr. Dr. h. c.. Javier de Vicente Remesal,
fino y culto penalista español.*

¹ Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales y doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Decano (e) y director académico de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro del Comité Directivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Magíster y doctor en Derecho y Ciencia Política. Profesor de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho de las universidades Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, de San Martín de Porres y de la Academia de la Magistratura. Secretario Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana). Presidente del Consejo del Notariado (2007-2008). Email: palominomanchego@gmail.com.

² Profesor de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres (Pregrado y Posgrado). Máster Internacional en Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero, Fraude Fiscal y Compliance por la Universidad de Santiago de Compostela (España). Maestro en Ciencias Penales por la Universidad de San Martín de Porres. Magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Máster en Cumplimiento Normativo en Materia Penal/Criminal Compliance por la Universidad de Castilla-La Mancha (España). Miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Email: fernu_dprenal@hotmail.com.

I. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN DE LA CONDENA DEL ABSUELTO EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO

La novedad y con extrema polémica que introdujo el estatuto adjetivo en materia punitiva fue la institución procesal de la condena del absuelto (artículos 419.2 y 425.3.b del Código Procesal Penal de 2004), regulándolo originariamente de la siguiente manera:

«Artículo 419. Facultades de la Sala Penal Superior [...]

2. El examen de la Sala Penal Superior tiene como propósito que la resolución impugnada sea anulada o revocada, total o parcialmente. En este último caso, tratándose de sentencias absolutorias podrá dictar sentencia condenatoria.»

«Artículo 425. Sentencia de segunda instancia [...]

3. La sentencia de segunda instancia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 409, puede: [...]

b) Dentro de los límites del recurso, confirmar o revocar la sentencia apelada. Si la sentencia de primera instancia es absolutoria puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiere lugar [...]

Este tema ha merecido pronunciamientos no solo de nuestros jueces, tanto de la Corte Suprema como de las Cortes Superiores, sino también por parte de la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos y Tribunal Constitucional, independientemente del aporte que ha tenido a bien fijar la doctrina nacional al respecto. De la misma manera, como parte de la doctrina jurisprudencial comparada, es importante tomar en cuenta lo desarrollado por la Corte Constitucional colombiana a través de su Sentencia C-792/14 del 29 de octubre de 2014, decisión que ha asumido argumentos muy interesantes que deberán ser necesariamente materia de análisis de acuerdo a lo denominado como *Diálogo Jurisprudencial y/o Diálogo entre las Cortes*. Todos estos pronunciamientos, jurisprudenciales y doctrinales, nos permiten poder centrar el estado de la cuestión sobre la materia mencionada.

Con lo regulado en el Código Procesal Penal por primera vez en el ordenamiento jurídico procesal penal peruano, una Sala Penal Superior o Sala Penal de Apelaciones tiene la facultad o competencia para poder revocar una sentencia absolutoria expedida en sede de primera instancia por el Juez Penal de Juzgamiento

Unipersonal o Colegiado, en donde, reformándola, se expida recién una sentencia condenatoria en sede de segunda instancia al resolverse el recurso ordinario de apelación; esto, acorde a las reglas que nos brinda el proceso penal común.

De acuerdo a las normas establecidas para el proceso penal común, en realidad el debate en sí no ha sido si la sentencia absolutoria expedida en primera instancia puede ser cuestionada mediante el recurso ordinario de apelación, o si esta sentencia absolutoria puede ser revocada en sede de segunda instancia por una sentencia condenatoria; hasta ahí, los antecedentes de la problemática jurídica normativa. El debate central era si cuando la Sala Penal Superior o Sala Penal de Apelaciones decidía aplicar la institución procesal de la condena del absuelto, saber si a continuación o *a posteriori* se le garantizaba el derecho fundamental a la pluralidad de instancia a este peculiar condenado, que por primera vez existía en sede de segunda instancia al resolverse el recurso ordinario de apelación. Apréciase que este imputado, condenado en segunda instancia con arreglo al proceso penal común, solo podía cuestionar su sentencia condenatoria a través del recurso de casación penal (425.5 del Código Procesal Penal) –que, como bien se conoce, es un recurso extraordinario, tasado, formalista y limitado–, forma de regulación que afectaba directamente el derecho fundamental a la pluralidad de instancia, a la doble conformidad judicial y a la revisión integral. Empero, considerábamos que adicionalmente se vulneraban otros derechos fundamentales, como el principio de igualdad o de no discriminación, presunción de inocencia, derecho de defensa y legalidad procesal (garantía jurisdiccional o judicial).

En consecuencia, el recurso de casación penal, por más que haya estado regulado, no pudo ser tomado en cuenta, para nada, como solución a la problemática jurídica normativa que existía con respecto a la institución procesal de la condena del absuelto que se encontraba prevista para las normas del proceso penal común.

II. EL DERECHO FUNDAMENTAL DE TODA PERSONA DECLARADA CULPABLE DE UN DELITO A RECURRIR EL FALLO CONDENATORIO Y LA PENA IMPUESTA ANTE UN JUEZ O TRIBUNAL SUPERIOR A NIVEL DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (1969) Y DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (1966)

El derecho fundamental de toda persona declarada culpable de un delito a recurrir el fallo condenatorio y la pena impuesta ante un juez o tribunal

superior, no solo puede ser apreciado y valorado a nivel de nuestra Constitución por medio del derecho fundamental a la pluralidad de instancia (artículo 139.6), sino también de acuerdo a lo previsto tanto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En ese sentido, el artículo 8.2.h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene regulado en forma pertinente lo siguiente:

«Artículo 8. Garantías Judiciales [...]

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...]

h) Derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior.»

Apréciase que esta normatividad, al reconocer expresamente el derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior, tal derecho debe ser entendido y asumido que, acorde a su redacción, pertenece a toda persona inculpada de cometer un delito. Por otro lado, el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos tiene previsto en forma pertinente lo siguiente:

«Artículo 14 [...]

5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.»

Fíjese que esta normatividad, sin lugar a dudas y sin distinción, especifica que toda persona declarada culpable de un delito, la misma que puede ser interpretada tanto para aquella que fue condenada en primera instancia como para aquella otra que fue condenada recién en segunda instancia, aun cuando más adelante se detalla que al estar condenada puede someter a conocimiento de un tribunal superior el fallo condenatorio y la pena, lo que implica que tiene derecho a la revisión integral y amplia, siendo que estos pueden incluir aspectos fácticos, jurídicos y, por qué no, probatorios. Recuérdese que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos permite, por un lado, la revisión integral y amplia de toda persona condenada, como, por otro lado, a que tal revisión integral y amplia sea conocida por un tribunal superior.

III. LA CONDENA DEL ABSUELTO A NIVEL DE LA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA PERUANA

La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, a través de tres ejecutorias supremas no vinculantes, se ha pronunciado sobre la institución procesal de la condena del absuelto (Consulta N.º 2491-2010/Arequipa del 14 de setiembre de 2010; Consulta N.º 4184-2011/Arequipa del 06 de marzo de 2012; Consulta N.º 15852-2014/Junín del 22 de octubre de 2015).

En estas ejecutorias supremas, al resolverse las respectivas consultas se desaprobaron los Controles Difusos de Constitucionalidad, que fueron invocados previamente por los órganos judiciales de mérito para no aplicar la institución procesal de la condena del absuelto regulada en los artículos 419.2 y 425.3.b del Código Procesal Penal, por ser considerada inconstitucional. La instancia judicial suprema entendió, en síntesis, que el derecho a recurrir el fallo se agota con el solo hecho de que haya existido la posibilidad de que el caso hubiese sido conocido o examinado por, al menos, dos instancias judiciales, independientemente de si una de ellas fue absuelta, no advirtiéndose del análisis del artículo 425.3.b del Código Procesal Penal, según su particular apreciación, colisión alguna con el derecho a la instancia plural.

Es pertinente insistir en que estos pronunciamientos de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República no han tenido carácter vinculante, habiendo solo ostentado efectos «inter partes». Por tal razón, estas consultas jurisprudenciales no han tenido efecto de ejecutoria vinculante para el caso en concreto de la institución procesal de la condena del absuelto.

IV. LA CONDENA DEL ABSUELTO A NIVEL DE LAS SALAS PENALES DE LA CORTE SUPREMA

Nuestras Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República han tenido a bien pronunciarse sobre la facultad jurisdiccional de la condena del absuelto en varios momentos y con posiciones distintas, existiendo hasta el día de hoy diversas ejecutorias supremas penales resueltas. Dentro de las ejecutorias supremas penales, se han identificado cuatro que expresaban ser doctrina jurisprudencial vinculante (Casación N.º 385-2013/San Martín del 05 de mayo de 2015; Casación N.º 194-2014/Ancash del 27 de mayo de 2015; Casa-

ción N.º 454-2014/Arequipa del 20 de octubre de 2015; Casación N.º 499-2014/Arequipa del 16 de marzo de 2016).

En estas sentencias casatorias se proponía que si una Sala Penal Superior o Sala Penal de Apelaciones pretendía condenar en segunda instancia a un imputado absuelto en primera instancia, esta decisión debía estar supeditada o condicionada a la modificación del Código Procesal Penal, que permitiera en forma expresa que este condenado tuviera la posibilidad de cuestionar su condena mediante un recurso ordinario de apelación, y no a través del recurso de casación penal, como era hasta hace poco, así como que se habilitara el órgano judicial que tendría que ver este recurso de apelación, siendo que, mientras estas modificatorias legales no se llevaran a cabo, el órgano judicial de segunda instancia solo debería anular la previa sentencia absolutoria, como ocurría con el antiguo artículo 301 del Código de Procedimientos Penales (1940) para el proceso penal ordinario, ordenándose que se realizara un nuevo juicio oral de primera instancia, en el que, si fuera declarado culpable por esta instancia judicial, tuviera expedito el derecho a recurrir en forma integral su condena.

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, previo a la reforma legal, generó una línea jurisprudencial última que, sin tener el carácter vinculante (ninguna de estas), buscó enfrentar, pero sin motivación expresa por lo menos en algún pie de página sino más bien en forma tácita, tanto la directa doctrina jurisprudencial vinculante desarrollada por la propia Corte Suprema que nunca perdió vigencia, como la desarrollada por el Tribunal Constitucional nacional (Casación N.º 1379-2017/Nacional del 28 de agosto de 2018; Casación N.º 1897-2019/La Libertad del 25 de agosto de 2021).

En ese orden expositivo, ha sido muy llamativo que esta línea jurisprudencial, prácticamente, sustentó escuetamente que la condena del absuelto se encontraba autorizada por lo previsto desde un inicio en los artículos 419.2 y 425.3.b del Código Procesal Penal, lo cual siempre ha sido verdad y nunca hubo cuestionamiento por sí solo. Jamás se ha negado que una Sala Penal Superior o Sala Penal de Apelaciones podía revocar una sentencia absolutoria para sustituirla por una sentencia condenatoria, porque tal proceder se encontraba prevista en la norma procesal; empero, para nada estas decisiones judiciales le han dedicado, por lo menos, algunos párrafos responsables con respecto a la existente doctrina jurisprudencial vinculante construida por la misma Corte Suprema que nunca perdió actualidad (Casación N.º 385-2013/San Martín del 05 de mayo de 2015; Casación N.º 194-2014/Ancash del 27 de mayo de 2015; Casación N.º 454-2014/Arequipa del 20 de octubre de 2015; Casación N.º 499-2014/Arequipa del 16 de marzo de 2016), es decir, como si fueran pronunciamientos inexistentes o «invisibles».

Con este proceder se creó, más bien, inseguridad jurídica en el correcto funcionamiento de la impartición de justicia, situación que debió originar la imperativa convocatoria a un Pleno Casatorio de los Jueces en lo Penal de la Corte Suprema de acuerdo a lo normado en el artículo 433, numerales 3 y 4 del Código Procesal Penal, a fin de que se elaborara y existiera una Sentencia Plenaria Casatoria sobre la condena del absuelto.

V. LA CONDENA DEL ABSUELTO A NIVEL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

El supremo intérprete de la Constitución Política de 1993, resolviendo específicamente procesos constitucionales de hábeas corpus, ha venido considerando que, de acuerdo a como se encontraba normado el Código Procesal Penal previo a la reforma legal, la institución procesal de la condena del absuelto venía vulnerando el derecho fundamental a la pluralidad de instancia del imputado recién condenado en sede de segunda instancia, (como la elaborada por nuestro Tribunal Constitucional (Exp. N.º 00861-2013-PHC/TC-Arequipa del 23 de enero de 2018; Exp. N.º 04374-2015-PHC/TC-Tumbes del 21 de julio de 2020; Exp. N.º 01075-2018-PHC/TC-Tumbes del 6 de abril de 2021; Exp. N.º 01604-2021-PHC/TC-La Libertad del 14 de setiembre de 2021).

En estos casos, el Tribunal Constitucional nacional venía exhortando al Congreso de la República para que se realizaran las modificatorias legales pertinentes, en este caso, del Código Procesal Penal, en forma concordante a lo expresado en su oportunidad por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, de acuerdo con su doctrina jurisprudencial vinculante que nunca fue dejada sin efecto y sin valor jurídico (Casación N.º 385-2013/San Martín del 5 de mayo de 2015; Casación N.º 194-2014/Ancash del 27 de mayo de 2015), proponiéndose también que si una Sala Penal Superior o Sala Penal de Apelaciones pretendía condenar en segunda instancia a un imputado absuelto en primera instancia, esta decisión judicial debía estar supeditada o condicionada a la previa modificación del estatuto adjetivo en materia punitiva, en donde se permitiera en forma expresa que el condenado tuviera la posibilidad de cuestionar su condena por medio de un recurso de apelación y no a través del recurso de casación penal, así como que se habilitara el órgano judicial que viera este recurso de apelación, por lo que, mientras estas modificatorias legales no se llevaran a cabo, el órgano judicial de segunda instancia solo podía anular la previa sentencia absolutoria, ordenándose que se realizara un nuevo juicio oral de primera instancia.

Como parte de sus fundamentos pertinentes, el Tribunal Constitucional nacional dejó sentado en su jurisprudencia que el derecho de acceso a los recursos o a recurrir las resoluciones judiciales es una manifestación implícita en el derecho fundamental a la pluralidad de instancia (artículo 139.6 de la Constitución), siendo parte del derecho fundamental al debido proceso (artículo 139.3 de la Constitución).

VI. LA CONDENA DEL ABSUELTO A NIVEL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Como parte de la doctrina jurisprudencial comparada, es importante que se tome en cuenta lo desarrollado por la Corte Constitucional colombiana por medio de su Sentencia C-792/14 del 29 de octubre de 2014, decisión que asumió argumentos muy relevantes que debieron ser necesariamente valorados por nuestros jueces constitucionales u ordinarios conforme a lo denominado como Diálogo Jurisprudencial y/o Diálogo entre Cortes.

Esta decisión se pronunció, entre otros aspectos, sobre el derecho fundamental a poder impugnar las sentencias condenatorias; el derecho constitucional a impugnar las sentencias judiciales que, en el marco de un proceso penal, imponen por primera vez una sentencia condenatoria en sede de segunda instancia; el alcance del deber constitucional del legislador de diseñar e implementar un recurso judicial que materialice el derecho a la impugnación; la declaración de inconstitucionalidad por existir omisión legislativa en la posibilidad de impugnar integralmente todas las sentencias condenatorias, y por afectación del principio de igualdad de acuerdo a lo previsto en el Código de Procedimiento Penal de Colombia de 2004.

La Corte Constitucional colombiana valoró los cargos que asumió e invocó la demanda por la presunta infracción del debido proceso y al derecho a la igualdad, por cuanto el derecho positivo o legal no habría contemplado o regulado el recurso de apelación para poder atacar los fallos que, en el marco de un proceso penal, revocan una sentencia absolutoria e imponen una condena por primera vez en la segunda instancia.

Quedaba claro que para la legislación procesal penal colombiana, el fallo condenatorio de segunda instancia no era susceptible de ser impugnado mediante el recurso ordinario de apelación, según se desprendía de la integración de los artículos 20, 32, 161, 176, 179.b, 194 y 481 del Código de Procedimiento Penal de 2004, sustentados por la parte demandante, justamente por esta circunstancia; herramienta procesal que fue concebida

únicamente para atacar los fallos de primera instancia ante el superior jerárquico de quien dictó la resolución.

Si bien tradicionalmente el recurso ordinario de apelación ha sido considerado como el dispositivo procesal por excelencia para el ejercicio del derecho a la impugnación, permitiendo cuestionar cualquier asunto relevante de la decisión judicial recurrida, debiendo ser resuelto por una instancia superior a la que dictó el fallo y operando antes de que la sentencia quede en firme y tenga efectos de cosa juzgada, la legislación procesal penal colombiana prevé otros dispositivos que permiten cuestionar las sentencias condenatorias que imponen una condena por primera vez en la segunda instancia, como el recurso extraordinario de casación, la tutela contra resoluciones judiciales y la acción de revisión.

La Corte Constitucional colombiana se permitió concluir que se configuraba una omisión legislativa en el régimen procesal penal previsto en el Código de Procedimiento Penal de 2004, por la inexistencia de un recurso idóneo que materializara el derecho a la impugnación en todos aquellos casos en que, en el marco de un proceso penal, el juez de primera instancia absolvía al condenado y el juez de segunda instancia revocaba el fallo anterior e imponía por primera vez una condena.

Así, el elemento normativo omitido, relativo a la previsión de un recurso judicial que efectivizara el derecho a la impugnación del primer fallo condenatorio en un proceso penal, constituía un elemento estructural del proceso que se proyectaba en toda la normativa procesal penal, elemento que tenía una repercusión directa en el esquema del proceso, en las competencias de los órganos jurisdiccionales y en el alcance de otros recursos. Por esta circunstancia, el mecanismo idóneo para subsanar el déficit normativo no era un fallo de exequibilidad condicionada, porque se requería la intervención directa del órgano legislativo para este efecto.

Justamente, por el Diálogo Jurisprudencial que siempre se debió realizar con la prestigiosa Corte Constitucional colombiana, debe apreciarse que en lo decidido por nuestro Tribunal Constitucional a través del exp. N.º 00861-2013-PHC/TC-Arequipa del 23 de enero de 2018 (Ghisela Rosario Quijandría Elías), concretamente en el voto específico del señor juez constitucional Eloy Espinoza-Saldaña Barrera, se hizo mención expresa de lo siguiente:

«4. Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-792 del año 2014, determinó que existe un derecho a controvertir el primer fallo condenatorio que se dicta en un proceso penal. Este derecho comprendería, por un lado, la facultad para atacar el único fallo incriminatorio

que se dicta en juicios penales de única instancia, y por otro, la facultad para impugnar las sentencias que revocan un fallo absolutorio de primera instancia o grado e imponen por primera vez una condena en la segunda, en los juicios de doble instancia o grado. A partir de dicha declaración, la Corte, entre otros aspectos, exhortó al Congreso de la República para que en el término de un año regule integralmente el derecho a impugnar las sentencias que, en el marco de proceso penal, imponen una condena por primera vez. De no cumplir con este deber, la Corte señaló que se entendería que procede la impugnación de los fallos anteriores ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena.»

VII. CONCLUSIONES VALORATIVAS

– Con lo regulado en el Código Procesal Penal de 2004, por primera vez en el ordenamiento jurídico procesal penal peruano una Sala Penal Superior o Sala Penal de Apelaciones tiene la competencia para poder revocar una sentencia absolutoria expedida en sede de primera instancia por el Juez Penal de Juzgamiento Unipersonal o Colegiado, en donde, reformándola, se dicte recién una sentencia condenatoria en sede de segunda instancia al resolverse el recurso ordinario de apelación; esto, según las reglas que nos brinda el proceso penal base, que es el común.

– Un imputado condenado en segunda instancia, acorde al proceso penal común, solo podría cuestionar su sentencia condenatoria, antes de la reforma legal producida por la Ley N.º 31592 del 26 de octubre de 2022, a través del recurso de casación penal, que, como bien se conoce, es un recurso extraordinario, tasado, formalista y limitado, forma de regulación que afectaba directamente el derecho fundamental a la pluralidad de instancia, la doble conformidad judicial y la revisión integral.

– El recurso de casación penal, por más que haya estado regulado, no pudo ser tomado en cuenta como solución a la problemática jurídica normativa que existía con respecto a la institución procesal de la condena del absuelto que se encontraba prevista para las reglas del proceso penal común.

– El derecho fundamental de toda persona declarada culpable de un delito a recurrir el fallo condenatorio y la pena impuesta ante un juez o tribunal superior no solo podía ser apreciado y valorado a nivel de nuestra Constitución Política por medio del derecho fundamental a la pluralidad de instancia, sino también de acuerdo a lo previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

CAPÍTULO CI

CASO PEGASUS: UN HAZ DE VULNERACIÓN DE DERECHOS¹

JOAN J. QUERALT

Catedrático emérito de Derecho penal. Universitat de Barcelona

I. INTRODUCCIÓN

Hace varios meses estalló, al hacerse público el informe del Citizen Lab, de la Munk School of Global Affairs & Public Policy de la Universidad de Toronto (Canadá)², un escándalo de magnitudes políticas considerables que afecta al núcleo de los derechos fundamentales, en tanto que base del estado democrático de Derecho.

El informe del Citizen Lab manifiesta un espionaje masivo a ciudadanos catalanes o relacionados con ciudadanos catalanes, vinculados a tesis independentistas y a su defensa jurídica. Manifiesta igualmente que este seguimiento se ha llevado a cabo mediante la introducción de forma clandestina en sus móviles de un programa oculto elaborado por la empresa israelí Pegasus. Este espionaje masivo ha afectado a 65 sujetos desde 2015, según los indicios recogidos en el citado informe.

¹ Adaptación de mi intervención *Democratic espionage: an oximoron*, mantenida en el encuentro *Impact of Modern Spyware Tools on Fundamental Rights (13-7-2022)* en el Catalunya Europa Space de Bruselas.

² Vid. SCOTT-RAILTON/CAMPO/MARCZAK/RAZZAK/ANSTIS/BÖCŪ/SOLIMANO/DEIBERT, *CatalanGate: Extensive Mercenary Spyware Operation against Catalans Using Pegasus and Candiru*, Toronto, 2022, en <https://citizenlab.ca/2022/04/catalangate-extensive-mercenary-spyware-operation-against-catalans-using-pegasus-candiru/> (visitado por última vez en 22-9-2023).

Puestos en marcha determinados mecanismos institucionales, finalmente, el 4 de mayo de 2022, una vez reiniciada la Comisión de Secretos Oficiales del Congreso de Diputados, después de 3 años sin constituirse, compareció quien entonces era su directora. De su comparecencia se pudo concluir que 18 personalidades catalanas, siempre vinculadas a planteamientos independentistas y en buena medida sin ninguna diligencia penal abierta en su contra, fueron monitorizadas por el Centro Nacional de Inteligencia (CNI), muy singularmente entre diciembre de 2019 y el primer semestre de 2020. Según relató la ya exdirectora, todos los seguimientos se llevaron a cabo con autorización judicial y siguiendo la Directiva de Inteligencia que le emitió el gobierno español en 2019.

Cabe recordar que dicha Directiva, *ex legibus*³, es secreta, como lo son también las actividades del CNI, incluidas las peticiones al magistrado del Tribunal Supremo que debe autorizar las intervenciones que afectan a derechos fundamentales de los ciudadanos a investigar, así como lo son también estas resoluciones. Igualmente, por último, las sesiones de la Comisión de Secretos Oficiales del Congreso de Diputados son también secretas.

Así pues, con estos datos, recogidos del Citizen Lab, de las referencias que han hecho los medios de comunicación y de intervenciones parlamentarias y de otras comparecencias de altos cargos públicos del gobierno central, no resultan ociosas unas notas sobre la relevancia jurídica sobre lo que ya se conoce como CatalanGate.

II. LA PREVISIÓN LEGAL EN MATERIA DE INTELIGENCIA

Ciertamente, los derechos fundamentales no son ilimitados y, en determinados supuestos y bajo determinadas condiciones, pueden ser objeto de afectación, siempre respetando su contenido esencial. Estas restricciones y los procedimientos para llevarlas a cabo deben venir, tal como establece la Constitución, de la mano de normativa específica con el formato de ley orgánica.

Estas injerencias en los derechos fundamentales pueden tener carácter individual, para un sujeto o para un pequeño grupo de sujetos relacionados entre sí, o carácter más general, destinadas a los habitantes de un territorio. Entre las primeras, tenemos las más frecuentes derivadas de la investigación penal, y en su caso, de las condenas por delitos. Las previsiones legales desde la detención hasta el encarcelamiento de personas, pasando por limitaciones en sus derechos afectando a la intimidad en sus diversas facetas o la propiedad, vienen previstas

³ Vid. Ley 11/2002 y Ley Orgánica 2/2002.

por las leyes procesales. La extralimitación en la puesta en práctica de estas lesiones, en principio, legítimas, vienen sancionadas también por la ley, ya sea declarando la nulidad de las medidas adoptadas o, incluso, exigiendo responsabilidades personales a quien las haya adoptado y/o ejecutado.

En este sentido las medidas que se acuerdan por mandato o autorización expresa de la Constitución, son, unas, de carácter investigador, así por ejemplo, las diligencias penales, donde se analizan unos hechos, porque hay indicios de la comisión de un delito; otras, lo son de carácter defensivo o preventivo, ante determinados peligros establecidos en la propia Constitución, como recientemente el estado de alarma en diversas intensidades que hemos sufrido a causa de la COVID-19 o como lo son los estados de excepción o de sitio.

Sin embargo, no se agota el catálogo de medidas a emplear en defensa del estado, entendido en sentido amplio. Puede entrar en juego, más allá de los conceptos tradicionales y legales, la seguridad nacional como causa legalmente habilitante para la injerencia en determinados derechos y bajo determinadas circunstancias. En efecto, ante la presencia de indicios legalmente tipificados, la ley prevé que una concreta y específica institución, bajo la dependencia del gobierno y siguiendo sus directrices anuales, el Centro Nacional de Investigación, el CNI, pueda poner en marcha investigaciones tanto de sujetos aislados como, más frecuentemente, de grupos de ciudadanos, españoles o extranjeros, por su posible afectación al ordenamiento constitucional vigente en su conjunto.

Para llevar a cabo estas funciones de investigación, mejor denominadas de inteligencia, es decir, obtención de información más interpretación de esta información dándole sentido de defensa del estado, puede ser necesario, conforme a las previsiones legales, realizar registros de lugares cerrados, como son domicilios o despachos, por un lado, u observaciones de las comunicaciones, por otro. Esto se debe a que las funciones que de forma más o menos difusa encomienda la ley al CNI (Ley 11/2002, art. 4) conllevan unas necesidades de inmisión en estos dos derechos integrantes en el más global de la intimidad personal, familiar y profesional.

La cobertura constitucional de estas intervenciones se encuentra en el enunciado genérico del artículo 18.3 de la Constitución que las somete a autorización judicial. Así, dice el texto constitucional: «*Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial*».

Amparada en esta magra habilitación constitucional, la ley prevé que el CNI solicite de un magistrado del Tribunal Supremo encargado al efecto la, por lo que aquí interesa, la intervención de las comunicaciones (Ley orgánica 2/2002, artículo único). Esta resolución, no obstante, goza, por decirlo de alguna manera,

de una serie de peculiares notas, de las que no gozan las injerencias lamemos ordinarias en los derechos fundamentales. Así, en primer término, la ley no especifica que la resolución judicial deba ser motivada. En segundo término, puede ser reiterada sin límite temporal. Además, de los resultados de las investigaciones no se rinde cuenta ante el magistrado autorizante. Por si ello fuera poco, ni la petición ni la resolución resulta preceptivo que se formulen por escrito. En fin, en ningún caso, los resultados de este tipo de investigaciones pueden integrarse en un proceso penal, dada que responde a otra mecánica distinta a la del proceso penal tanto material como formalmente, es decir, en contenido y garantías.

III. DIFERENCIAS ENTRE LA INVESTIGACIÓN PENAL Y LA INVESTIGACIÓN DE INTELIGENCIA

Como sabemos, la investigación penal se pone en marcha porque hay indicios razonables de la comisión de un hecho con carácter, cuando menos indiciario, de delito. Sin embargo, las investigaciones de inteligencia se llevan a cabo para observar qué pasa en ámbitos no fácilmente accesibles, más bien clandestinos o, como mínimo, alejados del escrutinio y observación públicos, pero sensibles a los objetivos funcionales de las agencias de inteligencia, sin que estos asuntos deban tener ni siquiera indiciariamente carácter de delito. Por ello, a diferencia de las penales, las investigaciones de inteligencia constituyen investigaciones prospectivas, una modalidad prohibida constitucionalmente en las encuestas penales.

El bien que se protege en una investigación penal es el que integra el objeto de protección de cada definición legal de delito, así vida, libertad, integridad sexual, intimidad,... En cambio, los objetivos que definen las actividades de inteligencia no vienen estrictamente definidos en la Constitución y los que vienen en la ley sectorial lo son con una indeterminación que les confiere un radio de acción amplísimo, con fácil peligro de desbordamiento.

En este punto conviene comparar los requisitos que deben seguir las órdenes judiciales que afecten a derechos fundamentales en un proceso penal o en unas actuaciones de inteligencia. La regulación del proceso penal en materia de investigaciones que afecten a los derechos que integran la intimidad de los ciudadanos está estrictamente regulado, más después de 2015. Por regla general, la inobservancia de los requisitos legales comporta, como mínimo, la nulidad de las pruebas que se hayan podido obtener mediante estas injerencias defectuosas. En cambio, no se observa ninguna previsión legal que permita expulsar del ordenamiento jurídico actuaciones de inteligencia que ni siquiera alcancen a cumplir los mínimos requisitos previstos en la ley del sector.

Ahora bien, centrados en el tema que nos ocupa, el CatalanGate, dado que no ha trascendido ningún contenido de ninguna petición de autorización por parte del CNI, en principio no hay posibilidad de valorar si la petición administrativa, ha cumplido, aunque sea de forma aproximada, los parámetros doctrinales y jurisprudenciales, constantes, que deben revestir tanto las peticiones policiales en sede de investigación criminal, al igual que los autos judiciales que los autorizan. Esta doctrina –aun por incorporar al Derecho español, como veremos más abajo– y su base legal podría dar cierta entidad a la simple regulación prevista por la actuación gubernativa de inteligencia, tanto en cuanto a la formulación de la petición de la autorización judicial como a su otorgamiento.

En consecuencia, en atención a los derechos sobre los que versa la petición de autorización por parte de los servicios de inteligencia, y a la vista de las informaciones hechas por Citizen Lab, por nadie contradichas, no resulta aventurado exponer, como mínimo, una serie de dudas sobre los posibles derechos fundamentales afectados, concluyendo con unas recomendaciones, derivadas de la doctrina del máximo órgano protector de los derechos fundamentales en Europa como es el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH).

Con los datos de los que hoy disponemos, y dado el secreto legal que cobija las actuaciones practicadas, las aceptadas y las no aceptadas, se puede concluir que toda injerencia en los derechos fundamentales previstos por la Constitución se construye sobre dos pilares esenciales. Uno es la necesidad y el otro la proporcionalidad. Presupuesto de los dos pilares es el principio de legalidad.

Estos elementos serán analizados en atención a los derechos que, presumiblemente, han sido o han podido ser afectados por las injerencias que venimos refiriendo.

IV. PRINCIPIOS RECTORES DE LAS INJERENCIAS EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES (I): EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Empezamos por la base común a todas las actuaciones llevadas a cabo por los poderes públicos que quieren ser justificadas en la esfera de los derechos de los ciudadanos. La condición o requisito de legalidad opera en una doble vertiente. La primera, resulta obvia: la medida a practicar en la esfera de los derechos básicos debe venir específicamente prevista por la ley, en este caso, la ley debe ser la propia Constitución. Con el fin de lo que aquí interesa, la ley prevé la autorización judicial para el acceso a las comunicaciones de los sujetos a monitorizar.

1. El principio de legalidad: ámbito de la injerencia

Pues bien, vista que la injerencia llevada a cabo por la tecnología Pegasus supone un acceso íntegro a los teléfonos móviles⁴, aprovechando unas fallas de seguridad de una aplicación de mensajería electrónica sumamente habitual, hay que tener en cuenta que el acceso, con la ley en la mano, no puede ser a todos los datos que incorpora el teléfono móvil infectado. En efecto, de acuerdo con la inequívoca letra de la Constitución, tan solo caben verse afectadas las comunicaciones, es decir, los contactos interpersonales a medio de los sistemas de redes físicas o virtuales de las que se sirven.

Este extremo es de vital importancia, si tenemos en cuenta que los teléfonos móviles actuales, en su inmensa mayoría, son calificados de *smart phones*. Como es sabido, estos dispositivos son mucho más que un teléfono convencional. Bien es cierto que permiten conversaciones y comunicaciones entre personas, como son los mencionados servicios de mensajería, pero sus funcionalidades van mucho más allá de la comunicación intersubjetiva.

En efecto, simultáneamente, los *smart phones* son, de hecho, ordenadores miniaturizados que pueden permitir, contener o almacenar mucho más que comunicaciones. Son claramente multifuncionales y multimodales. Hay infinidad de datos que albergan que nada que ver tienen con comunicaciones interpersonales. Así, por ejemplo, la agenda diaria, los contactos, archivos documentales, gráficos, sonoros, de imágenes en cualquier formato, incluso películas de todo tipo, datos escaneados, códigos QR... Así, por ejemplo, las fotos familiares que se llevan en los teléfonos no son comunicaciones en la medida en que pertenecen como objetos al titular del teléfono, independientemente de la forma en que las fotos u otros documentos o datos hayan sido introducidas en el teléfono.

Es más, el acceso al documento u otro tipo de archivos que se encuentran en la nube y que pueden ser descargados en los teléfonos no constituyen propiamente una comunicación, dado que no se establece una comunicación interpersonal. En efecto, la comunicación no es con otra persona diversa del titular, sino que se configura el acceso en remoto a un archivo propio que se puede descargar en todo o en parte, o incluso simplemente visualizar, sin contactar a nadie más.

⁴ Todo lo que se dice de los teléfonos móviles se puede decir de los ordenadores de cualquier tipo conectados a la red y, más especialmente, los que vía aplicaciones comunes entre ordenadores y móviles están interconectados.

Igualmente resulta de interés que, a diferencia de lo que sucede en materia de investigación criminal legítimamente autorizada, el seguimiento de personas mediante el teléfono es ajeno al concepto legal de comunicaciones, pues la deambulación, traslado o transporte de una persona por mundo físico no integra ninguna intercomunicación personal. Seguir una baliza dispuesta en un teléfono móvil no es ninguna comunicación entre dos sujetos, aunque uno de ellos sea el objeto de la indagación.

Así, con la legislación española en la mano y sin necesidad de verificar el contenido de ninguna petición ni de ninguna autorización judicial, *resulta legítimo afirmar que en ningún caso se puede acceder legalmente a un teléfono, en materia de inteligencia, con el fin de obtener información diferente de las comunicaciones interpersonales.*

Una segunda faceta de la legalidad referida al campo de inteligencia tiene relación con la serie de motivos y razones que afectan a la integridad de lo que se podría denominar sistema institucional vigente. Ciertamente estamos ante conceptos vaporosos y poco definidos y definibles. Ahora bien, nada tiene que ver con la integridad del sistema institucional dirigir las actuaciones de inteligencia sobre las comunicaciones interpersonales cuando se refieren a situaciones que afectan a una pluralidad de otros derechos fundamentales diversos de la intimidad o a objetivos ajenos de esta institucionalidad básica, como pueden ser intereses políticos, personales o comerciales.

De esta forma resulta huérfano de cobertura legal, y por tanto, el principio de legalidad queda vulnerado en esta vertiente de los objetivos a perseguir, cuando, como hemos sabido, se ha producido observaciones de comunicaciones, y de más elementos integrantes de la intimidad y otros derechos fundamentales, como es el derecho de defensa o las negociaciones interpartidarias tras unos comicios con la finalidad de formar o no gobierno.

De ahí que resulten lesionados prima facie y sin justificación alguna tan el derecho de defensa como el de participación política.

a) EL DERECHO DE DEFENSA

En efecto, el derecho de defensa integra no sólo la defensa de las pretensiones de los interesados ante los tribunales y otros poderes públicos, para cualquier tipo de asunto. La base de este derecho se edifica sobre la confidencialidad que preside sin excepciones las relaciones abogado-cliente. En el caso más extremo, en el de las imputaciones de los delitos más graves –por tanto existe ya una causa procesalmente constituida–, el derecho a la defensa y la libertad de las comunicaciones entre el

letrado y su cliente en cualquier lugar y bajo cualquier circunstancia es inalienable. Recuérdese, por todas, la STS de 9-2-2012 (caso Garzón) en donde el centro de gravedad de la condena reside en la vulneración del derecho de defensa.

Aunque otros derechos, como la libertad personal o el secreto de las comunicaciones, pueden ser suspendidos individual o colectivamente. Sin embargo, la confidencialidad abogado-cliente, que, como decimos, está en la base del derecho de defensa que, a su vez, constituye una de las manifestaciones del derecho a un proceso público con todas las garantías, no sufre bajo ninguna circunstancia ningún tipo de restricción.

En el contexto de las autorizaciones judiciales prospectivas que han afectado en la práctica a una serie de ciudadanos involucrados en diversas cuestiones de relevancia política pública, puede darse una situación crítica que acaso dejaría de hecho inoperativo el derecho de defensa y a la confidencialidad abogado-cliente. Dado que los magistrados que están llamados a dar a estas autorizaciones sobre la injerencia del patrimonio de derechos fundamentales de los referidos ciudadanos pertenecen a dos salas en las que algunos de los observados actuales tienen pleitos pendientes, es decir, en la salas de lo Contencioso-administrativo y de lo Penal, ambas del TS, estos magistrados, al autorizar la observación de sus comunicaciones podrían entrar en contacto, y en secreto, con las estrategias procesales de los justiciables. Ello comportaría una lesión irreparable del derecho de defensa.

Hay que añadir, tal y como decimos más abajo, que, al no seguir la designación de estos magistrados en sede de inteligencia un sistema público y objetivo, sino un sistema dirigido a la elección de un juez determinado por razones que no constan en la ley, la sombra de duda sobre el derecho de defensa aún se antoja mayor y más se acerca a la línea de un riesgo constitucionalmente inasumible.

b) EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA

Por otro lado, tampoco es susceptible de justificación, sea cual sea el contexto, monitorizar el derecho de participación en la gestión de los asuntos públicos. Acceder a las comunicaciones y otros contactos, como la interceptación de documentos u observación de negociaciones, sean formales o meros contactos entre formaciones políticas es radicalmente contrario a la regulación vigente. La confidencialidad que preside estas negociaciones es la que las partes le quieran dar y por lo tanto corresponden sólo a las fuerzas en trámites de negociación revelar al público lo que van acordando o no o el estado general de las negociaciones. Vulnerar este derecho es aún más grave, dado que se vulnera doblemente los derechos de los representantes y de sus representados. En efecto, se trata de

negociaciones entre fuerzas políticas sobre las que no pesa ninguna tara de ilegalidad, persigan las finalidades que persigan, ya que la Constitución española no es, como sabemos y a diferencia de otras, una constitución militante. El derecho a la participación en los asuntos públicos sin cortapisas rige irrestrictamente.

2. El juez predeterminado por la ley

Cuando se requiere por parte del CNI la observación de las comunicaciones, por mandato constitucional, estas han de tener una supervisión judicial. A tal efecto, el juez competente para autorizar las injerencias en las comunicaciones de los ciudadanos es designado ad hoc, sin concurso, por el pleno del Consejo General del Poder Judicial (art. 127. 4 LOPJ).

La Constitución establece como derecho fundamental básico del ciudadano, como un derecho fundamental que garantiza la imparcialidad objetiva judicial y la seguridad jurídica, que los jueces vengan determinados por la ley, con carácter general y no por un asunto concreto. Sin embargo, con esta designación personal de un juez por un asunto concreto y tan sumamente delicado, se corre el riesgo de que la competencia sobre estos asuntos venga predeterminada, no por un turno legal, como sucede en el resto de asuntos litigiosos, sino buscando un juez idóneo a juicio de los proponentes para un tipo de caso concreto y único con unas características específicas. En este supuesto, no es de hecho la ley, sino tales características personales del órgano judicial las que fundamentarían la competencia. Esta forma de designación personal y *ad casum* no cabe sustraerla a la vulneración del carácter de previsión generalística de asignación de competencias tal y como viene previsto en el ordenamiento vigente para el conocimiento de los asuntos jurisdiccionales.

La regulación actual, en más que buena medida de dudosa constitucionalidad, parece más bien idónea para una designación de un magistrado a priori más favorable de entrada las pretensiones del CNI que la salvaguarda de los derechos de los ciudadanos.

V. PRINCIPIOS RECTORES DE LAS INJERENCIAS EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES (II): EL PRINCIPIO DE NECESIDAD

En cuanto a la necesidad, es bien sabido que, tal y como ha señalado la jurisprudencia, tanto ordinaria como constitucional, rasgo esencial en las vulneraciones de derechos fundamentales, supone el último recurso, es decir, que

no haya otra medida que se pueda poner en práctica que satisfaga los objetivos propuestos por los poderes públicos, aquí los operadores de inteligencia. De tal suerte, no puede confundirse con la comodidad del órgano o la facilidad en la ejecución de la medida con su necesidad. La prohibición del exceso, que se vincula lógicamente con el mandato de proporcionalidad, constituye aquí un obstáculo insalvable para la legitimidad de la acción de inteligencia.

La necesidad de la injerencia supone realmente el último medio de lo que el poder público correspondiente dispone para llevarla a cabo. O dicho de otra manera, si se disponen de formas y maneras, aunque más dificultosas, estas deben emplearse. Si no fuera así, la inmisión producida no resultará la menos invasiva. Por este motivo, sólo es constitucionalmente posible la ejecución de estas medidas invasivas de derechos fundamentales en la medida en que no sea factible otro *modus operandi*.

Ahora bien, por el momento, no hay ningún elemento exterior y accesible que permita valorar este extremo a la hora de formular las peticiones y a la hora de emitir la resolución judicial otorgándolas, incluso condicionando su práctica a este requisito.

Además, la nota de necesidad viene impuesta para autorizar la intervención como, en su caso, para autorizar la prolongación de la misma. Dicho esto hay que resaltar que la previsión legal respecto a la ponderación judicial del resultado final es inexistente. Ello tiene como consecuencia que, en definitiva, la necesidad de la injerencia en las comunicaciones pueda convertirse en una apreciación meramente pro forma y nunca verificada materialmente por una autoridad independiente.

Por su parte, el diseño de la observación, reiteramos, desde el punto de vista de la previsión legal, únicamente de las comunicaciones y no de otros objetos que se puedan obtener dado que se encuentran en el dispositivo móvil u otro tipo de dispositivo que permita comunicaciones interpersonales, puede ser masiva tanto por el alcance de la observación de un sujeto como de un grupo de sujetos. Circunstancia esta que obviamente casa mal con el principio de necesidad.

VI. PRINCIPIOS RECTORES DE LAS INJERENCIAS EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES (III): LA PROPORCIONALIDAD

El mandato de proporcionalidad o, expresado negativamente, el de la prohibición del exceso, tiene un papel preponderante en el terreno de las inmisiones en los derechos fundamentales. A la hora de interceptar las comunicaciones llevadas a cabo desde un teléfono móvil, como los *smart phones* actuales,

u otros dispositivos como los ordenadores de sobremesa, ordenadores portátiles y todo tipo de tablets que estén conectados a la red de telecomunicaciones no cabe acceder a otros objetos que no sean las comunicaciones mismas. Queda, forzoso es recordarlo, constitucional y legalmente excluida todo el resto de materiales que en los dispositivos se encuentren o alberguen, por mucho que fuera el interés en obtenerlos y analizarlos. Así, el mandato de proporcionalidad impone la destrucción inmediata de tales datos obrantes en un aparato susceptible de observación, sin más contacto con ellos que tal destrucción.

Dicho esto, y siguiendo las pautas elaboradas a efectos de las observaciones de inteligencia por la Comisión de Venecia en su informe de 2015⁵ y un conjunto de sentencias del TEDH⁶, que en el mismo se basan, se ha ido configurando una sólida doctrina en que la necesidad y la proporcionalidad son la base legitimadora de la inteligencia sobre las comunicaciones y otros aspectos de la intimidad.

Ya no se trata sólo del entendimiento clásico de la proporcionalidad como un juicio sobre que los beneficios de la injerencia en los derechos fundamentales deben superar la inevitable lesión de los mismos. Se trata, ahora, además, de que estos juicios de necesidad y de proporcionalidad deben ser verificados a posteriori, como mínimo, una vez llevada a cabo la observación y valorar en qué medida los derechos de la intimidad y de los demás derechos fundamentales que puedan resultar afectados han sido lesionados dentro de los parámetros constitucionales.

Esta verificación debe tener, como mínimo, en cuenta tres factores capitales. En primer lugar, en la verificación del proceso de injerencia debe estar realizado por un ente independiente, ajeno al ente de inteligencia, que puede ser judicial o no. En segundo término, debe verificarse también independientemente, los resultados obtenidos con las injerencias en los derechos fundamentales afectados. En último lugar, finalmente, hay que dar la oportunidad al afectado a verificar su afectación y poder recurrir a los tribunales, llegado el caso, si observa deficiencias en el respeto de sus derechos constitucionales.

No se niega por parte de los organismos mencionados, ni la Comisión de Venecia, órgano consultivo, que emite opiniones, guías y estudios no vinculantes, ni el TEDH, que sí emite resoluciones vinculantes de forma específica en

⁵ COMISIÓN DE VENECIA, Report on the democratic oversight of the security services and report on the democratic oversight of signals intelligence agencies, adoptado en su 102.ª sesión plenaria (Venecia, 20-21 de marzo de 2015), estudio núm. 719/2013, Estrasburgo, 15 de diciembre de 2015, actualizando el suyo anterior de 2007, en [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2015\)006-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2015)006-e) (visitado por última vez el 22-9-2023).

⁶ Ver las sentencias de la Gran Sala del TEDH de 4-12-2015 (caso Roman Zakharov vs. Rusia) y 25-5-2021 (casos Big Brother Watch vs. Reino Unido y Centrum för Rättvisa vs. Suecia, respectivamente).

cada estado miembro del Consejo de Europa, la necesidad de la inteligencia, incluso masiva en las diversas áreas más sensibles de la sociedad actual. Estas injerencias, sin embargo, deben llevarse a cabo con las garantías esenciales «en una sociedad democrática». Al fin y al cabo, el control de la legitimidad de la injerencia, que sólo puede acontecer a posteriori, se debe poder hacer, tanto por parte de un órgano independiente, como por parte del ciudadano afectado. Es lo que el TEDH en las resoluciones mencionadas denomina salvaguardas *end-to-end*, es decir, poder someter las injerencias en los derechos fundamentales a un control desde el principio al final, de forma que todo el proceso se muestre como cumplidor de estas garantías en sí mismo. De hecho, como sucede en los procedimientos o aplicaciones digitales de complejidad, en que las verificaciones de los procedimientos son automáticas, sin necesidad de añadir ningún elemento más.

VII. A MANERA DE CONCLUSIÓN⁷

En una primera apreciación y en atención al examen obligado por las actuaciones reconocidas por el CNI y las documentadas y no contradichas por el Citizen Lab de la Universidad de Toronto, no es osado considerar la existencia de riesgos de producción de lesiones injustificadas en las comunicaciones de los observados, en otros aspectos de su intimidad personal, familiar y profesional, en su derecho de defensa, en su derecho a la confidencialidad cliente-abogado, en el derecho a participar en la gestión de los asuntos públicos por sí o a través de sus representantes y en el derecho al juez predeterminado por la ley.

Asimismo, en segundo término, no parece inoportuno una necesaria y urgente reforma del sistema de observación de inteligencia, que se acomode a las reglas emanadas de la Comisión de Venecia y del TEDH.

En este sentido, resultaría necesario establecer un sistema público y colegiado de autorización y de control judiciales respecto a las observaciones de las comunicaciones, comunicaciones en sentido estricto y no todo objeto físico o virtual que se encuentre en un aparato de comunicaciones, que en sede de inteligencia se soliciten dentro del marco de la ley. En efecto, sería de rigor, por un lado, pasar de un sistema de juez individual a tribunal colegiado. Y por

⁷ En buena medida las propuestas de lege ferenda que aquí se formulan discurren en paralelo al informe recientemente publicado PARLIAMENTARY ASSEMBLY OF COUNCIL OF EUROPE, COMMITTEE ON LEGAL AFFAIRS AND HUMAN RIGHTS, Pegasus and similar spyware and secret state surveillance, Strasbourg, 20-9-2023, en <https://pace.coe.int/en/files/33018> (accedido por última vez 22-9-2023), informe que no ha podido ser tenido en cuenta por obvias razones temporales.

otro, la designación de sus integrantes debe ser, todo caso, pública, mediante el correspondiente concurso entre los magistrados, si así se estima, del TS. No puede depender el nombramiento del magistrado encargado de las autorizaciones y controles del designio sólo del presidente del CGPJ, ratificado pro forma por el pleno del Consejo.

La intervención judicial también debe ser, además de motivada, requerida al final de la observación, con el fin de evaluación global de lo actuado. Así pues se verificaría el control a posteriori por un órgano independiente de la actuación llevada a cabo por las fuerzas de inteligencia. Rendir cuentas de lo que hacen de los poderes públicos también es obligado en contextos de las reservas que la inteligencia demanda.

Es necesario, además, fijar un límite temporal a las observaciones de las comunicaciones, pues, con el diseño legal actual, estas podrían ser indefinidas, sin que el sujeto observado hubiera cometido infracción alguna del ordenamiento jurídico ni tenga conocimiento de su monitorización.

Una vez finalizada la actuación gubernativa de observación y concluida con una resolución judicial valorativa, habría que dar traslado al interesado, de forma reservada, pero con acceso pleno al expediente administrativo y judicial generado, a fin de que pudiera alegar lo que considerara adecuado sobre la eventual vulneración de sus derechos. De esta forma, el ciudadano recibiría una resolución fundada jurídicamente y recurrible, llegado el caso, en salvaguarda de sus garantías constitucionales.

La ley debería expresar explícitamente que quedan excluidas las observaciones de miembros de partidos políticos, sindicatos y asociaciones de cualquier tipo que sean legales, es decir, constituidas conforme a las leyes y sin encontrarse en causa de sanción, incluida su disolución judicial o, incluso prohibición.

Finalmente, debería quedar también establecida en la letra de la ley la prohibición de observar o en cualquier forma interferir en las relaciones cliente-abogado. En ningún caso, en ningún caso y en ninguna circunstancia pueden ser objeto de observación o registro. En fin, en estos dos últimos supuestos la reforma de ley debería prever una especial referencia a la responsabilidad penal.

CAPÍTULO CII

MUJERES CONDENADAS Y ESTEREOTIPOS DE GÉNERO. CASOS CONCRETOS Y POSIBLES IMPLICACIONES

STEPHANÍA SERRANO SUÁREZ

Investigadora predoctoral de Derecho penal. Universidad de León

I. INTRODUCCIÓN: ALGUNAS SOLUCIONES JURISPRUDENCIALES QUE ALUDEN A LOS ESTEREOTIPOS DE GÉNERO

Aludiré, en especial, a jurisprudencia mexicana y colombiana, casos en los que se presenta la mujer como sujeto activo de los delitos y se menciona a los estereotipos de género, más concretamente a un análisis con perspectiva o enfoque de género. Se pueden entender los estereotipos de género como las «creencias generalizadas e injustificadas que se refieren a las características que cabe atribuir a los hombres y las mujeres en virtud de su sexo o a las funciones sociales que deberían desempeñar con ello»¹. Recientemente, se ha considerado la necesidad de un enfoque que permita analizar casos en los que la mujer ha sido víctima de delitos, pero también cuando a esta se le considera sujeto activo de las conductas delictivas. El propósito de este texto es analizar cómo se expone tal enfoque en estos últimos casos y cómo ha modificado la responsabilidad penal de la mujer.

¹ GIMENO PRESA, ¿Qué es juzgar con perspectiva de género?, Aranzadi, 2020, p. 25. El Estereotipo no implica necesariamente una discriminación, pero si se encuentran en la base de muchos casos de esta, Cfr. FISKE, Stereotyping, Prejudice and Discrimination, GILBERT/FISKE/LINDZEY (dirs), Handbook of Social Psychology, I, 4.ª ed., New York, MacGraw-Hill, p. 378.

En efecto, la mujer puede ser sujeto activo cuando mata, lesiona o incluso viola directamente. También cuando se encuentra en una posición de garantía, pues tiene una obligación legal de proteger, por ejemplo, a sus hijos/as menores, por lo que sería responsable por tales delitos en comisión por omisión. El primer pronunciamiento judicial que se aborda cuestiona a la madre que se encuentra en dicha posición de garantía y, por el contexto, en que se halla, no actúa conforme a lo que se espera de ella. En segunda medida, se trata la responsabilidad penal de una mujer por omitir salvar de la muerte a uno de sus amantes, a mano de otro de ellos, caso que pareciera alejado de un supuesto papel de madre, pero que suscita diversas reflexiones alrededor del papel de la mujer en la familia. Finalmente, se hará alusión a los estereotipos de género que parecen apreciarse en el caso de la madre con trastorno esquizoafectivo que da muerte a sus tres hijos.

Dedico este trabajo en el merecido homenaje por sus 70 años al Prof. Dr. Dr. h. c. Javier de Vicente Remesal quien ha contribuido con su vasta obra al desarrollo del Derecho penal español y latinoamericano, con un sentido de agradecimiento por su amabilidad y siempre generosa sonrisa con la que me ha recibido en la escuela científica del Prof.esor Dr. Dr. h. c mult. Diego-Manuel Luzón Peña.

II. LA POSICIÓN DE GARANTE DE LA MADRE

1. Concepto de posición de garante. La posición de garante de protección por estrecha vinculación familiar o análoga

La posición o deber de garante corresponde a ese «deber jurídico especial (que afecta sólo a un círculo restringido de sujetos) de evitar el resultado como razón fundamental para hacer responder del resultado al omitente garante y no al resto de omitentes no garantes»².

² LUZÓN PEÑA, Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación, *Libertas*, 6, 2017, p. 183; Lecciones de Derecho penal. Parte General, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, 31/39 ss., pp. 600 y 602. Sobre el concepto de posición de garante véase entre otros: BRAMMSEN, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, 1986, p. 181 ss.; Erfolgzurechnung bei unterlassener Gefahrverminderung durch einen Garanten, *MDR* 1989; SILVA SÁNCHEZ, El delito de omisión concepto y sistema, Bosch, Zaragoza, 1986, p. 311 ss.; HUERTA TOCILDO, Problemas fundamentales de los delitos de omisión, Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, p. 60 ss.; JAKOBS, AT 2.ª, 1991, PG 2.ª 1997, num 29/26 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, Estudios sobre el delito de omisión, B de F, Montevideo/Buenos Aires, 2013, p. 130 ss.

La teoría de las funciones de Armin Kaufmann es útil para determinar un conjunto de fuentes de la posición de garante. Por una parte, tenemos la función protectora de un bien jurídico determinado y, en segunda instancia, la posición de garante que atiende a la responsabilidad por la seguridad frente a la creación de un peligro o la responsabilidad que dimana de determinadas fuentes de riesgo (garantes de seguridad), el garante debe mantener bajo control ciertas fuentes de peligro (deberes de vigilancia)³.

Existen diversos grupos de posición de garante de función protectora de un bien jurídico, aquí me interesa principalmente lo referido a las relaciones familiares. Estas situaciones se encuentran fundadas jurídicamente en la solidaridad natural, el matrimonio y el ámbito familiar, por ello se afirma la posición de garante entre cónyuges y entre parientes en línea recta. Se ha referido que en especial se defiende la posición de garantía de los padres frente a los hijos que viven en la misma casa y dependen de ellos, y se ha aludido a la posibilidad de posición de garante entre hermanos y prometidos⁴.

El caso prototípico, indiscutido, de la comisión por omisión es el de la madre que no alimenta al bebé recién nacido y le produce así la muerte por inanición; ella, al dejar de alimentar al menor, como única fuente para supervivencia, respondería por un delito contra la vida. Sin embargo, existen supuestos en los que las mujeres tienen conocimiento de las agresiones que sufren sus hijos/as, generalmente por parte de su padre o pareja de la mujer, pero no tratan de evitarlas. En estos casos, las mujeres son condenadas como autoras de un delito de lesiones, homicidio o delitos contra la indemnidad sexual, en la modalidad de comisión por omisión⁵.

2. Para establecer la posición de garante no basta con ser la madre de forma abstracta y general, ¿es necesario ejercer una custodia efectiva?

En sentencia mexicana, Amparo Directo en revisión 92/2018 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se examinó la constitucionalidad del artículo que establece la comisión por omisión en el Código Penal del Distrito Federal y se revocó la sentencia recurrida de condena de la señora Julieta, y a su pareja

³ KAUFMANN, Dogmática de los delitos de omisión, (trad. por Cuello Contreras/Serrano Gonzalez de Murillo) Marcial Pons, Madrid, 2006; Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, p. 283 ss.

⁴ ROXIN, DP. PG T II, 2014, p. 857.

⁵ LAURENZO COPELLO, Mujeres en el abismo: delincuencia femenina en contextos de violencia o exclusión, REPCP, 21-21, 2019, p. 6 ss.

sentimental, por los delitos de violación cometido contra persona menor de doce años (previsto en el *Friedrich* 181 bis, párrafo segundo, del Código Penal para la Ciudad de México) y homicidio calificado cometido con ventaja (art. 128 del mismo código). Inicialmente, se había impuesto a la señora Julieta una pena de prisión de 30 años, 7 meses y 15 días y se le habían negado los beneficios de sustitución de la pena y la suspensión condicional de su ejecución.

Los hechos que fundamentan dicha condena inician cuando Julieta y Gerardo (pareja sentimental de Julieta) se encontraban en su domicilio con la hija de esta. Julieta salió a buscar un pañal para la menor. Al volver, observó que Gerardo introducía un dedo en el ano de su hija. Posteriormente, Julieta también se percató de que Gerardo golpeaba a su hija repetidamente contra la pared. Una vez la señora Julieta y su coimputado se percataron de la seriedad de las lesiones, la llevaron al hospital, donde murió horas después, producto de traumatismo craneoencefálico.

Esta condena de Julieta se recurre, entre otras razones porque no se acreditó dolo ni imprudencia en el no actuar de Julieta. Además se sustenta que fue condenada por no comportarse como idealmente se espera de una madre respecto de sus hijos. No se consideró su situación de vulnerabilidad como madre joven y víctima de violencia.

También se señaló que la sentencia condenatoria, en todo caso, debió establecer de manera clara y objetiva las acciones que la señora Julieta debió realizar para impedir el resultado. Para ello se debía considerar si la señora Julieta tenía la efectiva posibilidad de realizar esas conductas. Finalmente, la Corte revocó la sentencia recurrida, aludiendo que no basta con ser la madre de forma abstracta y general, es necesario ejercer una custodia efectiva, esto implica vigilancia inmediata, presente y aprehensible en el momento específico. Por esta razón, la sentencia de Julieta fue revocada.

En este caso se presenta un voto concurrente en el cual los magistrados coinciden con la decisión tomada por la Corte de revocar la condena a Julieta, pero critican la falta de exhaustividad del análisis de los estereotipos de género⁶, pues aún reproducen expectativas sociales idealizadas sobre el cuidado que las madres deben proporcionar a sus hijos/as. Ciertamente, se tiende a esperar de las madres una actuación alineada con la tendencia «natural» a anticipar los daños que pueden ocurrirles o que pueden causárseles a los menores y por tanto se presume que da origen a conductas en el límite de lo heroico.

⁶ Voto Concurrente que formulan el ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y el ministro Juan Luis González Alcántara en el Amparo Directo en Revisión 92/2018, resuelto por la primera sala de la suprema corte de justicia de la nación en sesión de 2 de diciembre de 2020.

También este voto concurrente refiere que no es clara la posición de garantía que permitiera una posibilidad real, material y física de evitar el resultado, pues de los hechos se extrajo la ausencia de Julieta en el lugar de inicio de la agresiones, por lo que para el magistrado suscita la duda de que la madre ostentara una posición de garante en la cual eficaz y razonablemente pudiese evitar el homicidio de su hija. A pesar de presentarse el hecho biológico de la maternidad, de existir, convivencia y cuidado, no existía función de protección, al menos de forma presente y actual.

Al respecto, parece defender una posición contraria Roxin⁷, al señalar que la posición de garante no está ligada a la presencia física de los padres: aunque los padres salgan de casa, los hijos siguen estando sometidos a su control. Podríamos decir, entonces, que sí existe una posición de garante. Aunque, según los hechos, la madre se abstiene de estar presente solo de manera momentánea y necesaria para el cuidado de la menor, por tanto, a pesar de tener una posición de garante, su omisión posiblemente no equivale a realizar los delitos de violación y homicidio.

Quedan en entredicho además requisitos como la capacidad individual física para realizar la acción de salvamento requerida, y la posibilidad de evitar el resultado. Al respecto Roxin aduce que no existe incapacidad de acción cuando se trata de exclusión del dolo⁸, caso en el cual el padre no se da cuenta del peligro del cual su hijo necesita ser salvado, situación en la que es posible la punición por imprudencia, la cual podría existir en el presente caso. A todo lo anterior, se añade la existencia de los estereotipos referidos por la defensa de la condenada y acogida por la Corte y el voto concurrente, según los cuales se amplían las expectativas de cuidado que pueda otorgar a la menor, al ser la madre garante.

Además de lo anterior, es preciso señalar también que existen casos en los cuales se considera a la posición de garante como criterio suficiente para afirmar una responsabilidad en comisión por omisión. Esta postura es problemática, por cuanto olvida que en realidad se trata de un momento constitutivo de la equivalencia⁹. Es decir, que un elemento que permite verificar la posición de garantía es *su equivalencia* con la conducta activa que es castigada penalmente si, y solo si, se acreditan los restantes requisitos de la responsabilidad penal, como la existencia de elemento subjetivo en el tipo, antijuridicidad y culpabilidad. En todo caso, la posición de garante no resulta suficiente por sí sola para que la omisión de actuación del garante suponga una omisión impro-

⁷ ROXIN, DP. PG, II, 2014, p. 859.

⁸ ROXIN, DP. PG T II, 2014, p. 756 y 757.

⁹ VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU/GÓRRIZ ROYO, *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 343.

pia o comisión por omisión. En palabras de Luzón Peña, «no es suficiente para que encaje en un tipo de comisión de resultado, inicialmente pensando para la causación activa del mismo»¹⁰.

Un caso ilustrativo es la sentencia STS 1161/2000¹¹, que analizó la conducta de una madre de un menor de 5 meses, que según la sentencia «no consta – según el relato de los hechos probados – participase activa o pasivamente» en las agresiones que repetidamente le propinaba el padre. Se entiende a la madre responsable por el delito contra la integridad moral (art. 173 CP) en comisión por omisión teniendo en cuenta su posición de garante que fue esencial o necesaria, no meramente favorecedora para la consumación de las lesiones. La sentencia convierte el requisito de posición de garante en criterio bastante o suficiente para apreciar la comisión por omisión. Se debe decir que, contrario a lo dicho por la sentencia, en realidad, la existencia del deber especial no convierte por sí solo la omisión en equivalente a la acción. Resulta muy interesante ver que centra la posición de garante en una fuente jurídica extrapenal, como lo es la obligación del ejercicio de la patria potestad (art. 154 del Código Civil español) y (especialmente) en los deberes morales¹² que «la propia naturaleza biológica de la maternidad representa».

III. LA POSICIÓN DE GARANTE DE UNA MUJER RESPECTO DE SU AMANTE ES INEXISTENTE O DUDOSA Y EL ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE SU RESPONSABILIDAD NO PUEDE INCLUIR ESTEREOTIPOS SOBRE LA VIDA SEXUAL DE LA MUJER

Un caso de contraste sobre cómo las mujeres resultan garantes, incluso más allá de la maternidad, es el que sigue. La novedad es que la garantía no es

¹⁰ LUZÓN PEÑA, *Libertas* 6, 2017, p. 201. Al respecto LUZÓN PEÑA ha manifestado que la posición de garante no tiene el papel relevante y constitutivo que se le ha otorgado. Cfr. ROSO CAÑADILLAS, La necesidad de la posición de garante como elemento de la comisión omisiva, en de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo/Paredes Castañón/Olaizola Nogales/Trapero Barreales/Roso Cañadillas/Lombana Villalba (dirs.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º Aniversario*, Reus, Madrid, 2020, p. 1023 ss.

¹¹ Sentencia referida en el análisis jurisprudencial realizado por CUERDA ARNAU, en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU/GÓRRIZ ROYO, 2017, p. 359.

¹² ROMEO CASABONA se manifestó críticamente con la fundamentación de la posición de garante en las teorías formales y en las materiales, puesto que desde estas dos perspectivas se pretenden extraer posiciones de garante no establecidas inequívocamente o de modo suficiente, o porque se corre el riesgo de *querer derivar deberes jurídicos de simples deberes morales*, o de confundir éstos con aquéllos. Véase ROMEO CASABONA, *Los delitos de comisión por omisión: delimitación, insuficiencias y perspectiva político criminal*, en *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, 1993, p. 930, 931, 932 ss. Referido en: VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU/GÓRRIZ ROYO, 2017.

sobre un menor hijo suyo sino sobre un amante ocasional, por los daños causados por la pareja de ella. Del apartado de los hechos se extrae que la mujer acusada fue sorprendida por su pareja (y padre de sus hijos) y otros teniendo sexo con la víctima. Los sujetos activos torturaron y mataron al hombre con quien la mujer tenía sexo.

En Amparo Directo en Revisión 2468/2015 se conoce del caso de esta mujer que es condenada, pues se consideró que tuvo la posibilidad de impedir que se cometiera el homicidio. Ella presenció la golpiza que su consentenciado propinó a la víctima, con la intención de matarlo y, a pesar de ser llevada con su suegra, omitió informar a las autoridades sobre lo que acontecía. La mujer pudo interferir la cadena causal y no lo hizo; por tal razón, se le consideró coautora del delito de homicidio.

El juez de primera instancia señaló que la sentenciada presenció los golpes que le fueron propinados a la víctima, antes de ser privado de la vida, y procedió a retirarse del lugar antes de que se cometiera el homicidio. Así, consideró el tribunal, se demuestra su participación como coautora material en la comisión del delito de homicidio calificado.

Al analizar el recurso de Amparo interpuesto por la condenada, la Suprema Corte concluyó que debieron evitarse estereotipos de género a partir de roles sociales. En el caso no se debió prejuzgar sobre la responsabilidad de la quejosa, a partir de su comportamiento sexual, que implícitamente se consideró en la sentencia recurrida, cuando tal circunstancia resulta irrelevante para la acreditación de los elementos del delito de homicidio calificado.

Se consideró que ella, a partir de su comportamiento sexual, fue la generadora del conflicto suscitado entre uno de los sujetos activos y la víctima. En la sentencia condenatoria (objeto del recurso) se afirmó que la imputada sabía del peligro que corría la víctima y, por tanto, tenía el deber legal de evitar la forma en que culminó el mismo y enterar a las autoridades respectivas.

Sin embargo, la Corte concluyó que se encuentran dudas respecto a la calidad de garante que ostentaba la mujer respecto de la vida del sujeto pasivo, así como de la posibilidad material de impedir que el hecho se perpetrara. Esto debido a que el coimputado llegó al lugar del hecho acompañado de su cuñado y sobrino, golpeó a la mujer, le quitó a su hija y uno de ellos llevó a la niña a casa de su abuela. Posteriormente, el coimputado junto con su cuñado golpearon a la víctima, mientras la mujer temblaba y pedía que dejaran de hacerlo. Después de un tiempo, el coimputado cuestionó a la mujer sobre el paradero de sus demás hijos, la llevó a recogerlos y posteriormente los dejó a todos en casa de su madre, con orden de cerrar la puerta con llave.

Considero que lo primero a evaluar es la capacidad de salvamento de la mujer, esta capacidad de acción no es posible cuando al destinatario de la norma le sea imposible «físicamente» la acción esperada, Roxin refiere que esta acción no tiene por qué hacerse personalmente, pues es posible a través de terceros¹³. Si esta capacidad de acción se mide por la posibilidad física de cumplir con el deber, permite concluir que, a pesar de existir una fuerte coacción psicológica sobre la omitente¹⁴, por muy real o intensa que sea, la mujer podría valerse de otros medios para salvaguardar en este caso la vida de su amante; sin embargo, por las razones expuestas, entre ellas la violencia ejercida sobre ella y la retención de la que fue víctima, no lo hizo.

Se puede decir que si la posición de garante frente a un bien jurídico surge, entre otros, por el deber de protección por estrecha vinculación familiar o análoga, como se ve en ejemplo anterior, los padres sí se encuentran en posición de garantía respecto de los hijos. La verdadera cuestión es determinar si la mujer ostenta una posición de garantía respecto de su amante, si de este puede decirse, como se dice de los menores, que no tiene alguna otra persona que pueda defenderles, actuar por ellos, salvarles de un peligro inminente y además previsible.

Si bien para los jueces de primera y segunda instancia queda clara la responsabilidad de la mujer, la Suprema Corte de Justicia mexicana revocó la sentencia condenatoria, pero no analizó de fondo la posición de garante. De haberlo hecho, habría evaluado la existencia de este deber jurídico a cargo de la condenada de impedir el resultado típico. Y solo a partir de ello verificar si la mujer se encontraba efectivamente en la posibilidad material de cumplir con ese deber.

Vemos que existe un estereotipo al considerar la relación sexual como origen del homicidio, tampoco es posible que una «infidelidad» dé origen a una posición de garantía. No por encontrarse en su casa con su amante, ella se convierte en responsable de la protección de la vida de un sujeto víctima de la violencia de otro. Debería evaluarse el tipo de relación que sostenía la pareja, pues no nace una obligación para actuar conforme a una vinculación familiar estrecha. Es discutible si también puedan existir deberes supraleales de garante protector de familiares, como parientes colaterales o afines o parejas ligadas por análoga relación de afectividad a los cónyuges¹⁵, situación sobre la que se ofrece un análisis más amplio en las sentencias aludidas.

¹³ ROXIN, DP. PG T II, 2014, p. 756.

¹⁴ Al respecto: LAURENZO COPELLO, *Mujeres en el abismo: delincuencia femenina en contextos de violencia o exclusión*, RECPC, 21-21, 2019, p. 6.

¹⁵ Cfr. LUZÓN PEÑA, *Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la crea-*

De ser así, y de entender que existiera un deber de garante, las posiciones de garantía por función de protección de un bien jurídico no abarcan la defensa del mismo en cualesquiera circunstancias, el principio de inexigibilidad limita el deber de garante; implica que el alcance del deber legal de proteger dependerá de la evaluación de circunstancias específicas, y la posibilidad que tenga el garante de actuar sin poner en serio peligro bienes jurídicos propios, la exigencia del rol de garante no puede ser absoluta y debe ceder ante un peligro significativo y cercano para la vida del o la garante¹⁶.

IV. CONDUCTA ACTIVA: LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL CASO DE LA MADRE CON TRASTORNO ESQUIZOAFECTIVO QUE DA MUERTE A TRES HIJOS

En reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana¹⁷ se analizó el caso de Johana del Carmen Montoya Rosario, una mujer que fue abusada sexualmente por su padre desde la niñez. Desde joven sufría un trastorno esquizoafectivo que no fue tratado y a los 15 años quedó en embarazo, por primera vez. El padre abusador, luego abusó de una de sus nietas. Tras denunciar los hechos, Johanna del Carmen, para no perder el cuidado de sus hijos, fue obligada a abandonar por segunda vez el domicilio familiar. Sin ninguna ayuda económica ni institucional, se radicó con su pareja y sus tres hijos en una habitación. Finalmente la mujer terminó con la vida de sus tres hijos degollándolos, uno a uno, con un cuchillo. Por estos hechos se le condenó como autora del delito de homicidio agravado a una pena de 720 meses de prisión.

Ante la apelación de dicha decisión, el juez de segunda instancia consideró que «si en verdad todos esos sucesos inmorales ocurrieron» ello es irrelevante porque «la acusada actuó con consciencia y voluntad», descartando por completo que esta mujer actuara como inimputable por el padecimiento de un trastorno mental. Por el contrario, se destacó «la gravedad de la conducta, que son entre otras cosas tres homicidios cometidos ni más ni menos por su progenitora»¹⁸.

ción o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación, *Libertas* 6, 2017, p. 187.

¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, El delito de omisión, 1986, 307-308; En el mismo sentido y desarrollando el debate alemán: AGUADO CORREA, Concepto y sistema inexigibilidad de otra conducta en derecho penal, 2004, p. 191. LAURENZO COPELLO, RECPC, 21-21, 2019, 4.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. 27 de julio de 2022. MP: José Francisco Acuña Vizcaya. Radicación No. 54044.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia. Radicación No. 54044.

Este caso es trágico pues la condenada fue víctima en su momento. Nadie evitó la violencia sexual que sufrió (de hecho su misma madre rechazó la gravedad de los hechos). Luego, intentó actuar como garante de los bienes jurídicos de sus hijos, por lo que se marcha de la casa familiar para salvarlos. Es interesante ver que la situación de precariedad y violencia extrema que vivió esta mujer, no le permitió siquiera quedarse en la omisión de una acción de salvamento hacia su hija, sino que el despliegue de los hechos violentos junto con su patología la llevó a la más cruel acción de atentar contra la vida de cada uno de su hijos.

La Corte se centra en establecer si Johana del Carmen Montoya Rosario padece un trastorno mental que al momento de los hechos le impidió comprender la ilicitud de su conducta o determinarse conforme ese entendimiento. Y dadas las razones anteriormente expuestas se le considera como inimputable, por lo que no hay lugar a hacerle juicio de reproche alguno ni a realizar valoraciones de necesidad de pena. Lo que si resulta necesario es una medida de seguridad, que no responde a criterios de culpabilidad sino a razones terapéuticas y de protección. Fue establecida una medida de internamiento en Centro Psiquiátrico por 20 años.

Ningún juez de instancia consideró la miseria de orden familiar y social que vivía Montoya Rosario. Para la Corte, el análisis con enfoque de género que se debe aplicar a este tipo de casos, donde las mujeres son sujeto activos de conductas delictivas, consiste en verificar la existencia de un contexto de violencia, esto «siempre que de los hechos conocidos pueda inferirse razonablemente que la comisión de la conducta punible tuvo relación con una victimización de género precedente o concomitante»¹⁹. En el presente caso, tener en cuenta, el entorno de maltrato, abusos y exclusión en que se desplegaba la vida de la procesada.

La Corte hizo énfasis en que no todas las mujeres víctimas de violencia que cometen alguna conducta punible relacionada con contextos violentos son inimputables, tal aseveración reproduciría un estereotipo de las víctimas y por tanto sería discriminatoria.

Laurenzo Copello señaló la importancia de los contextos de violencia de género en el juicio de culpabilidad. Pues como se ha venido sosteniendo, la violencia severa puede generar en la mujer un temor a sufrir represalias por parte del maltratador o maltratadores, situación que hace que la mujer no se encuentre en condiciones de motivarse por la norma, y por tanto omita el deber

¹⁹ Corte Suprema de Justicia. Radicación No. 54044.

de garante que se le confiere legalmente²⁰, o en este último caso colombiano, realice directamente la conducta de matar, lo cual trae como consecuencia la graduación de la culpabilidad o su exclusión.

La culpabilidad implica esa «reprochabilidad jurídica-penal que se basa en la ... posibilidad de acceder a las normas y determinarse normalmente por ellas y en la exigibilidad penal individual basada en valoraciones normativas que no hagan comprensible, explicable o disculpable su infracción en la situación concreta»²¹. Si se sigue una concepción normativa de culpabilidad, lo que se entiende como reprochabilidad jurídico penal individual del hecho típico, Luzón Peña ha destacado que este concepto no está impregnado de una connotación moralizante y menos metafísica o religiosa, se trata de una reprochabilidad jurídica, concretamente jurídico penal²².

Considero que esta concepción normativa de la culpabilidad es clave para no caer en estigmatizaciones, en virtud de la cual la mujer es un ser incapaz. Considerar a la mujer inimputable, como lo advierten Pitlevnik y Zalazar, puede asociarse con la discapacidad de su autor²³. Por tanto, esta solución podría producir efectos negativos en su vida social de la mujer, como puede ser la posibilidad de arrebatarle la custodia de los hijos por no cuidar bien de ellos, en caso de que sigan vivos.

V. CONCLUSIONES

El discurso del género, entendido como la función a partir de la diferencia sexual, se asoma en la práctica jurídica de estos casos de criminalidad femenina para cuestionar si las mujeres, y en especial las madres, cuidan o deberían cuidar más que los hombres o señalar que aquellas deban cuidar especialmente de éstos.

Este discurso del género le asigna al sujeto un lugar en la sociedad. El desempeño de determinado papel sirve para catalogar como «bueno/buena» según sea hombre o mujer. Hemos visto la profunda asimetría se enfoca en el desempeño de las mujeres como madres, esposas, amantes o simplemente mujeres.

²⁰ LAURENZO COPELLO, Mujeres en el abismo: delincuencia femenina en contextos de violencia o exclusión, RECPC, 21-21, 2019, 10.

²¹ LUZÓN PEÑA, Lecciones de Derecho penal. Parte General, 3.ª 2016, 26/31, p. 483.

²² LUZÓN PEÑA, Lecciones de Derecho penal. Parte General, 3.ª 2016, 26/31, p. 483.

²³ PITLEVNIK Y ZALAZAR, en: DI CORLETO (Comp.), Género y justicia penal, ediciones Di-dot, 2017, 73-102.

En primera medida, vimos que las madres omiten salvar a sus hijos, conductas que en ocasiones en la práctica jurídica se suelen reprochar con severidad sin atender a los contextos en que estas se presentaron. Llama la atención la omisión de salvamento en cuanto no parece de tanta gravedad si se compara con dar muerte directamente a los hijos, como en el último caso planteado, casos que también suelen generar mucha aflicción en la comunidad social y jurídica. En el caso de la mujer que omite salvar a su amante se aprecia una extensión de los cuidados que implica la maternidad y jurídicamente de la figura de la posición de garante. Por tanto, parece ser de utilidad retomar en enfoque de género planteado por las sentencias aludidas puede desenterrar situaciones particulares que algunas veces explican el actuar al parecer «antinatural» de la madre.

CAPÍTULO CIII

AGRESORES SEXUALES EN EL ÁMBITO DEPORTIVO: FACTORES PSICOSOCIALES DE AGRESORES Y VÍCTIMAS ¹

MARTA ZUBIAUR GONZÁLEZ

Doctora en Psicología. Catedrática de Educación Física y Deportiva.
Universidad de León

I. EL DEPORTE

Existe amplia evidencia científica que demuestra la importancia del deporte para mantener una vida saludable². Los buenos hábitos deportivos se adquieren, fundamentalmente, desde la infancia. Practicar alguna actividad física de manera habitual es crucial para el desarrollo físico, mental, psicológico y social de los niños, niñas y adolescentes³. A través del deporte, los niños aprenden a relacionarse con los demás, aprenden a utilizar las reglas del deporte que se practica, a respetarlas y compartirlas con sus compañeros

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación Proyecto de investigación PID2019-108567RB-C21 (AEI), en las tareas de investigación de la UIC 166 CYL, y en las del GI DPULE.

² EIME, R. M./YOUNG, J. A./HARVEY, J. T./CHARITY, M. J./PAYNE, W. R., A systematic review of the psychological and social benefits of participation in sport for children and adolescents: informing development of a conceptual model of health through sport. *International Journal of Behavioral Nutrition and Physical Activity*, 10, 2013, p. 98; BARBOSA, S. H./URREA, A. M., Influencia del deporte y la actividad física en el estado de salud físico y mental: una revisión bibliográfica. *Katharsis*, 25, 2018 pp. 141-159; MALM, C./JAKOBSSON, J./ISAKSSON, A., Physical Activity and Sports—Real Health Benefits: A Review with Insight into the Public Health of Sweden. *Sports*, 7(5), 2019 p. 127

³ CONSEJO SUPERIOR DE DEPORTES/UNICEF, El abuso sexual infantil queda fuera de juego. Consejo Superior de Deportes. Fundación Deporte Joven, 2018.

y contrarios. Por eso se aconseja que los niños desde temprana edad practiquen deporte extraescolar a través de las escuelas o federaciones deportivas. Sin embargo, para que su práctica resulte beneficiosa es necesario establecer ámbitos seguros, de forma que el deporte no se convierta en un espacio propicio de vulneración de los derechos de los jóvenes y niños⁴. El deporte tiene importantes beneficios cuando está bien organizado y es conducido por entrenadores calificados para desempeñar un rol positivo e inspirador de valores que garanticen un proceso deportivo respetuoso entre niños, niñas y adolescentes. Como bien señala Ríos Corbacho⁵, una de las patologías que afectan a la práctica deportiva en los últimos tiempos es la de los ilícitos sexuales provocando un «terror silencioso» que ha sacudido a deportistas de diversas franjas de edad, muchos menores, y en multitud de prácticas deportivas.

Constantemente leemos en los periódicos noticias sobre abusos sexuales en el deporte⁶. Han salido a la luz casos muy mediáticos, como el de Larry Nassar⁷, médico del equipo olímpico de gimnasia de los Estados Unidos, que en 2018 fue condenado a 175 años de prisión por abusar de jóvenes gimnastas durante más de dos décadas. 150 de esas víctimas prestaron declaración durante 9 días frente al hombre que abusó de ellas de manera sistemática y encubierta.

Otro caso relevante fue el de Torres Baena, excampeón nacional de kárate, a quien el juez calificó de «depredador sexual» por abusar de sus alumnos en su academia de Gran Canaria de forma «continuada y reiterada» con «prácticas aberrantes y extravagantes». Se trata, según el juez, de «megaabusos sin precedentes en la historia jurisprudencial del país»⁸.

Podríamos escribir varias páginas solo enumerando los casos ocurridos en España en las últimas décadas. Tal cantidad de abusos sexuales en el deporte hace que nos preguntemos: ¿qué pasa en el contexto deportivo? Un estudio de Brackenridge pone de manifiesto la vulnerabilidad del contexto deportivo y

⁴ COMITÉ OLÍMPICO INTERNACIONAL, Acoso y abuso sexuales en el deporte. Año 2006. Apunts, Medicina de l'Esport, 158, 2008 pp. 88-93.

⁵ RÍOS CORBACHO, J., Sexismo, ilícitos sexuales en el deporte y derecho penal: del silencio a la denuncia pública, Revista General de Derecho Penal 39 2023.

⁶ RÍOS CORBACHO realiza un análisis bastante exhaustivo de la casuística ocurrida en este sentido en España en su trabajo Sexismo, ilícitos sexuales en el deporte y derecho penal: del silencio a la denuncia pública.

⁷ https://elpais.com/deportes/2018/01/24/actualidad/1516815723_155569.html

⁸ https://elpais.com/sociedad/2013/03/15/actualidad/1363338281_732192.html

la necesidad de estudiar su convivencia, como forma de entender la incidencia de tales violencias⁹.

II. CARACTERÍSTICAS DEL CONTEXTO DEPORTIVO

En este apartado vamos a intentar analizar cuáles son las características del entorno deportivo que pueden favorecer el abuso sexual¹⁰.

1. Contacto físico

En el contexto deportivo se producen muchos contactos corporales, tanto entre deportistas como entre deportistas y cuerpos técnicos. Abrazos cuando se gana o se marca un gol, acercarse mucho durante la instrucción, agarrar del hombro durante la instrucción, etc.¹¹ Como se menciona en la Guía sobre la violencia sexual en el deporte publicado por el Consell Català de l'Esport¹² «El contacto corporal se convierte en un elemento esencial en la actividad física y el deporte. El contacto, la proximidad corporal, tocar, dar golpecitos o abrazar son acciones que forman parte del universo conductual del deporte».

2. Emociones

Al contacto físico se unen las emociones que están presentes y la afectividad que se crea. En el ámbito deportivo se dan condiciones especiales de intensidad y acercamiento emocional: La unión del equipo está estrechamente ligada a la intensidad emocional y los vínculos generados entre las personas. En el deporte se genera un espacio donde las emociones son ex-

⁹ BRACKENRIDGE, C., Dangerous sports? Risk, responsibility and sex offending in sport. *Journal of Sexual Aggression*, 9, 2003, pp. 3-7

¹⁰ BLANCO, M. E., Acercamiento a las dinámicas sexo-afectivas en los equipos deportivos: Sobre la normalización de la vulnerabilidad. *Sociología del deporte*, 3(1), 2022, pp. 39-50 realiza un análisis muy interesante sobre los aspectos vulnerables del contexto deportivo.

¹¹ MARTÍN HORCAJO, M. L./JUNCÀ PUJOL, A., El acoso sexual en el deporte: el caso de las estudiantes-deportistas del Grado de Ciencias de la Actividad Física y el Deporte de Cataluña. *Apunts. Educación Física y Deportes*, 115, 2014, pp. 72-81

¹² NUALART BARBA, B./MARTIN HORCAJO, M./ JUNCÀ PUJOL, A./CHECA CORCOY, E./ANGUITA MORA, L. La violencia sexual en el deporte. Guía para personas adultas (Re)conocer, hablar y actuar. Consell Català de L'Esport. Generalitat de Catalunya, 2020.

presadas de forma muy vivida, y hay una mayor tolerancia a esta expresión emocional desbordada o desproporcionada, en muchas ocasiones ¹³.

3. Situaciones de jerarquía y poder

El deporte está organizado jerárquicamente con una estructura de poder vertical, donde se le da mucha importancia a la disciplina, así como a la capacidad de esfuerzo, constancia, superación, etc. ¹⁴. El poder lo concentra el entrenador, y se lo otorgan al entrenador. El entrenador se convierte en una figura de especial influencia para los deportistas, principalmente en la infancia y adolescencia. Los entrenadores pasan muchas horas con los deportistas en los entrenamientos, los torneos, viajes, por ello terminan siendo figuras muy cercanas, incluso referentes para sus atletas que encuentran en ellas una idealización. ¹⁵.

4. Intimidación

A todo lo anterior se le suma el ambiente de intimidación en el que muchas veces se ven envueltos los atletas: vestuarios, horas de entrenamiento solitario, en muchas ocasiones, con el entrenador, los desplazamientos en su coche... La cercanía de los miembros del equipo se mantiene, incluso, fuera del propio contexto deportivo. Esas relaciones estrechas no se limitan a temas deportivos o situaciones deportivas, sino que se amplían a lo personal, creando esta atmósfera de intimidación. ¹⁶ En definitiva, todos los casos comparten un determinado sistema de disciplina y obediencia pero también una especial sensibilidad y cercanía que difumina prácticas que pueden comprometer la seguridad de los deportistas.

III. PREVALENCIA

El riesgo de abuso sexual se desconoce en la mayoría de los entornos deportivos debido a la dificultad que supone realizar estudios epidemioló-

¹³ BLANCO, M. E., en *Sociología del deporte*, 3(1), 2022.

¹⁴ MESSNER, M. A., *Power at play. Sports and the problem of masculinity*. Michigan. B. Press, 1992.

¹⁵ BRACKENRIDGE, C., *Journal of Sexual Aggression*, 9, 2003; BLANCO, M. E., en *Sociología del deporte*, 3(1), 2022.

¹⁶ BRACKENRIDGE, C., 2003, BLANCO, M. E. (2022).

gicos sobre un tema que, a menudo, se oculta por los deportistas¹⁷. Realmente, pocos trabajos han examinado las tasas de prevalencia del abuso en el deporte. En el análisis realizado por Brackenridge y sus colaboradores en 2008 de los estudios sobre los abusos sexuales en el deporte se observa una prevalencia que oscila entre el 2 % y el 21 %¹⁸. Sin embargo, estudios posteriores encuentran porcentajes mayores de prevalencia. En Alemania Olhert, y colaboradores encontraron que el 37,6 % de los deportistas habían experimentado, al menos, una situación de violencia sexual en el deporte organizado¹⁹. También Martín y Juncà encontraron que el 30 % de las deportistas estudiantes de los grados universitarios de Ciencias de la Actividad Física y el Deporte de Cataluña declaraba haber sufrido alguna forma de acoso sexual en su deporte²⁰.

Por otro lado, la evidencia científica demuestra que los abusos no están relacionados con el tipo de deporte (individual-equipo), el género (femenino-masculino) o la cantidad de ropa del equipamiento deportivo. La investigación se han centrado principalmente en entrenadores pero también hay pruebas de abusos entre compañeros (novatadas e intimidación sexual). Y, aunque mayoritariamente la autoría de las violencias sexuales en el deporte es masculina, diferentes estudios europeos como el proyecto VOICE²¹ recogen testimonios de deportistas que han sufrido violencias sexuales por parte de mujeres cuando aún eran menores de edad.

IV. FORMAS DE VIOLENCIA SEXUAL

La violencia sexual en el deporte se manifiesta a través de un continuum que va desde la discriminación sexual sin contacto físico hasta el abuso con contacto físico y ataque sexual directo²², como se detalla en la tabla 1.

¹⁷ TIMPKA, T./JANSON, S./JACOBSSON, J./EKBERG, J./DAHLSTRÖM, Ö./KOWALSKI, J./BARGORIA, V./MOUNTJOY, M./SVEDIN, C. G., Protocol Design for Large-Scale Cross-Sectional Studies of Sexual Abuse and Associated Factors in Individual Sports: Feasibility Study in Swedish Athletics. *Journal of Sports Science and Medicine* 14, 2015, pp. 179-187.

¹⁸ BRACKENRIDGE, C. H./BISHOPP, D./MOUSSALLI, S./TAPP, J. (2008). The characteristics of sexual abuse in sport: a multidimensional scaling analysis of events described in media reports. *International Journal of Sport and Exercise Psychology*, 6, pp. 385-406.

¹⁹ Ohlert, J./Seidler, C./Rau, T./Rufols, B./Allroggen, M. Sexual violence in organized sport in Germany. *German Journal of Exercise and Sport Research*, 48, 2017, pp. 58-69.

²⁰ MARTÍN HORCAJO, M. L./JUNCÀ PUJOL, A., 2014.

²¹ VOICE for truth and dignity. Projecte Erasmus+ Sport 2016-2018. <http://voicesfortruthanddignity.eu/es/>

²² BRACKENRIDGE, C. H., He Owned Me Basically... Women's Experience of Sexual Abuse in Sport'. *International Review for the Sociology of Sport* 32, N.º 2, 1997. pp. 115-30

Violencia sexual sin contacto físico	Violencia sexual. Comportamientos transgresores	Violencia sexual con contacto físico
<p>Hacer chistes sexistas, bromas o insinuaciones de carácter sexual.</p> <p>Gritar de un modo que sugiera sexualización.</p> <p>Preguntar sobre cuestiones íntimas referidas al cuerpo, la ropa o la vida privada.</p> <p>Hacer observaciones sugerentes, miradas o mensajes de contenido sexual.</p> <p>Hacer comunicaciones (llamadas telefónicas, correos electrónicos, etc.) de contenido sexual y carácter ofensivo.</p> <p>Uso de material pornográfico en el centro deportivo donde se trabaja o de imágenes y fotografías de contenido sexual explícito.</p>	<p>Acercamiento inadecuado.</p> <p>Contacto inadecuado.</p> <p>Tocamientos inadecuados durante los entrenamientos.</p> <p>Masajes inadecuados.</p> <p>Invitar al o a la deportista individualmente a casa, a comer, a una bebida o a ir al cine.</p> <p>Exhibirse y/o masturbarse delante de la persona afectada.</p> <p>Presionar de modo insistente para tener encuentros sexuales.</p> <p>Hacer comentarios sexuales ofensivos.</p> <p>Obtener imágenes de las partes íntimas del cuerpo de una persona.</p> <p>Requerir favores sexuales que condicionan la promoción o la permanencia en el club o el equipo.</p>	<p>Dar besos no deseados.</p> <p>Hacer caricias sexuales no deseadas.</p> <p>Mantener contacto físico de naturaleza sexual no deseado.</p> <p>Intentar hacer actos sexuales no deseados.</p> <p>Arrinconar o perseguir a alguien con propuestas o conductas sexuales.</p> <p>Hacer actos sexuales con penetración sin el consentimiento de la víctima con o sin coerción.</p>

Tabla 1. Diversas formas de violencia sexual²³

V. EL PROCESO DE ACOSO

Aunque algunos agresores son oportunistas, lo habitual es que planifiquen deliberadamente el abuso. En el contexto deportivo los agresores suelen utilizar la seducción para ganarse la confianza del atleta e incluso la de su

²³ Datos extraídos del proyecto VOICE for truth and dignity, y recogidos por NUALART BARBA, B./MARTIN HORCAJO, M./JUNCÀ PUJOL, A./CHECA CORCOY, E./ANGUITA MORA, L., La violencia sexual en el deporte, 2020.

familia. A menudo, empujan los límites lentamente del comportamiento aceptable, violando cada vez más el espacio personal utilizando un lenguaje familiar, chantaje emocional y el contacto físico. Si el deportista lo rechaza tendrá problemas y probablemente abandone ese deporte, si se somete a esa insinuación puede verse atrapado y sucumbir a las exigencias del entrenador. Los agresores suelen desarrollar un papel respetado en la comunidad para ocultar su comportamiento poco ético.

Varios estudios sobre el proceso de captación, o *modus operandi*, de los agresores sexuales en el deporte han surgido de la investigación cualitativa, basándose en datos de entrevistas con deportistas víctimas de abusos. Brackenridge y Fastin²⁴ describieron las fases del proceso de captación adoptadas por los autores de abusos en el deporte: selección de una víctima potencial, la creación de confianza y amistad, el desarrollo del aislamiento y el control, la creación de lealtad, el inicio del abuso sexual y el mantenimiento del secreto. A este proceso de embaucamiento progresivo se le llama *grooming*. Nielsen²⁵ analiza el proceso de *grooming* en el deporte, definiendo lo que denominó «la zona gris» entre los comportamientos aceptables e inaceptables entre entrenador y deportista. El *grooming* se refiere, por tanto, a cualquier estrategia utilizada para convencer o coaccionar a un niño o joven para que se involucre en un comportamiento sexual.

Este proceso de preparación o acercamiento conlleva una serie de fases y características²⁶:

1. Primera fase. Selección de la víctima potencial

El agresor observa qué deportista es vulnerable y busca momentos para saber si puede ser una persona de confianza, discreta que guarda secretos. Pretende ganarse la confianza y establecer amistad. Hacerle sentir especial, pasar tiempo con ella, escucharla... Ser constante. Establecer condiciones mínimas para cada encuentro Comenzar a negociar (tienes que hacer esto porque yo he hecho lo otro).

²⁴ BRACKENRIDGE, C. H./FASTIN, K., The grooming process in sport: Case studies of sexual harassment and abuse. *Auto/Biography*, 13(1), 2005, p. 33.

²⁵ NIELSEN, J., The forbidden zone: Intimacy, sexual relations and misconduct in the relationship between coaches and athletes. *International Review for the Sociology of Sport*, 36(2), 2001, pp. 165-182.

²⁶ NUALART BARBA, B./MARTIN HORCAJO, M./ JUNCÀ PUJOL, A./CHECA CORCOY, E./ANGUITA MORA, L., La violencia sexual en el deporte, 2020; BRACKENRIDGE, C. H./FASTIN, K., 2005

El abusador actúa como suele hacerlo todo buen entrenador: creando y construyendo confianza. Se acerca al niño, la niña o la persona joven procurando captar su atención y haciéndole sentirse bien. Sin embargo, en el transcurso de esta primera fase se producen algunas acciones que, a la vez que hacen sentir «especial» a la potencial víctima, también suponen ligeras rupturas de determinadas barreras verbales y no verbales: un acortamiento de la distancia interpersonal, alguna insinuación, un beso de felicitación, un tocamiento fuera de lugar, etc. Muchas de estas pequeñas acciones suelen estar asociadas con las correcciones, los feedbacks y las explicaciones deportivas. Con estos comportamientos ambivalentes, la víctima no acaba de tener muy claro si lo ocurrido es o no propio del campo de acción que corresponde a su entrenador o entrenadora. Esta misma ambigüedad hace que, a menudo, la confusión de la víctima le provoque cierta parálisis e inacción²⁷.

2. Segunda fase. Desarrollo del aislamiento

En esta fase el abusador comienza a aislar a la víctima de sus iguales y a menospreciar otras amistades y apoyos. A menudo, restringe la confianza a la madre, padre o tutores pero, en ningún caso a las compañeras. Por otro lado, comienza a ser incongruente o ambiguo al crear expectativas, y actúa sin criterio a la hora de reprender o castigar al o la deportista, generando dudas y ansiedad por no recibir la atención que necesita.

Es en esta etapa cuando se inicia el abuso sexual asegurándose el voto de silencio. Para ello realiza una incursión gradual en límites sexuales ambiguos. Si el/la deportista se resiste le pide que colabore (me perteneces, es lo menos que puedes hacer) le ofrece protección (no diré nada, es nuestro pequeño secreto) Su pretensión es desacreditar a la víctima de forma que no tenga otra elección que permanecer en la situación (nadie te creerá, el resto no te entenderá). El perpetrador procura asegurarse el silencio de la víctima y esta se ve envuelta en la dinámica y se siente forzada a ser leal. Suele producirse la creación de un vocabulario propio exclusivo de ellos dos (nuestro secreto) y surge la amenaza latente de que, si se supiera lo que pasa, habría consecuencias muy lesivas para ambos, también para el niño o niña. La víctima se siente culpable y, por ello, cada vez le es más difícil explicar lo que le pasa (si lo explicara, se sabría lo que yo también he hecho, piensa). Ello conlleva que la

²⁷ NIELSEN, J., 2001; OWTONA, H./ SPARKES, A. C., Sexual abuse and the grooming process in sport: Learning from Bella's story. *Sport, Education and Society*, 22(6), 2017, pp. 732-743

víctima termine aislándose de su entorno más cercano y, de paso, facilita más el abuso del agresor. En esta fase, las acciones de los perpetradores incluyen desde regalos (atención preferente, obsequios...) a chantajes emocionales o amenazas y coacciones (no jugar, no ser seleccionado o seleccionada, o las supuestas consecuencias para la víctima si cuenta «su secreto») ²⁸.

El silencio de la víctima se consigue en parte porque el perpetrador, en muchos casos, también prepara a la familia y su entorno deportivo más cercano. Ello conduce a que el niño, niña o joven desestime revelar que está sufriendo violencia sexual.

3. Tercera fase. Abusos continuados

Una vez se ha garantizado el silencio de la víctima, las violencias sexuales y los abusos sexuales son continuados. En esta fase, se consuma el aislamiento del niño o niña, o joven y se perpetúan sus sentimientos de impotencia y desesperanza, acompañados de pérdida de autoestima y dignidad.

Este proceso no se produce de un día para otro. En algunos casos, puede durar meses o años. El perpetrador no suele pasar a otra fase si antes no ha podido constatar que la víctima permanecerá en silencio. Algunas víctimas consiguen romper este círculo y son capaces de salir del mismo. Sin embargo, desgraciadamente la evidencia nos muestra que, por diferentes motivos, son muchos los chicos y chicas que no lo consiguen ²⁹ y, en muchos casos, las víctimas ocultan el abuso de por vida. Esto es lo que consigue el abusador gracias a la admiración que, en muchos casos, genera como entrenador, unido a la vulnerabilidad de la víctima, el aislamiento del grupo, el miedo... y la clandestinidad y el secreto en que se desarrolla todo el proceso.

VI. PERFIL DEL AGRESOR

De entrada, debe tenerse presente que parte de la complejidad y de la dificultad de prevenir la violencia sexual radica en el perfil del agresor. No es alguien que, a simple vista, todo el mundo reconozca como agresor. Al contrario, los abusadores se comportan, a menudo, de manera exquisita; suelen tener ascendencia y reconocimiento dentro de los clubes y entidades de los que forman parte; tienen éxitos deportivos, son inteligentes, sociables y también, a menu-

²⁸ OWTONA, H./ SPARKES, A. C. 2017.

²⁹ VOICE for truth and dignity. Projecte, 2018.

do, tienen vínculos y son apreciados por el entorno familiar de la víctima³⁰. Y es precisamente esto lo que, en las primeras fases del proceso de acercamiento a la víctima, los hace más indetectables.

Un estudio sobre delincuentes sexuales realizado por Fedoroff y Moran³¹ reveló que los pedófilos no se identifican fácilmente por su personalidad, aspecto físico, estatus socioeconómico o incluso el estado civil o familiar. En estudios psicológicos destinados a elaborar perfiles de pedofilia, los investigadores han descubierto que es difícil identificar un patrón de personalidad para los pedófilos, porque los pedófilos a veces son capaces de presentarse como psicológicamente normales en entornos sociales, a pesar de poder tener graves trastornos de personalidad subyacentes³². Los investigadores advierten de que los pedófilos no se distinguen de los no pedófilos. De hecho, los pedófilos pueden ser respetados miembros de las comunidades en las que viven, incluso personas de éxito en la sociedad, como se observa en estudios relacionados con el deporte, como el de Hall y Hall³³.

Como hemos señalado en el apartado anterior, el abusador no suele ser oportunista, sino que planifica su ejecución, de forma que resulta especialmente importante comprender el precursor del *grooming* porque puede reconocerse, y ese reconocimiento podría alertar a los padres y a las organizaciones deportivas de la probabilidad de abuso en una fase temprana, o antes de que comience. El precursor favorece especialmente la relación entrenador/atleta; primero, debe ganarse la confianza tanto de las familias como de los deportistas de los que abusa, de forma que los padres confíen el atleta al entrenador, y el atleta quiera pasar tiempo con el entrenador³⁴.

VII. LA VÍCTIMA

1. Perfil de las víctimas

Las investigaciones de Brackenridge³⁵ han demostrado que las personas más vulnerables a los abusos sexuales en el deporte se encuentran a menudo en la pubertad o poco antes, suelen ser chicas, tienen baja autoestima, dificultades

³⁰ BRACKENRIDGE, C. H./ BISHOPP, D./MOUSSALLI, S./TAPP, J., 2008.

³¹ FEDOROFF, J. P./MORAN, B., Myths and misconceptions about sex offenders. *Canadian Journal of Human Sexuality*, 6(4), 1997, pp. 263-276.

³² HALL, R. C./ HALL, R. C., A profile of pedophilia: definition, characteristics of offenders, recidivism, treatment outcomes, and forensic issues. *Mayo Clin Proc.* 82(4), 2007, pp.457-71.

³³ HALL, R. C./ HALL, R. C., 2007.

³⁴ NACK, W./DYAEGER, Every parent's nightmare. *Sports Illustrated* 91(10), 1999.

³⁵ BRACKENRIDGE, C. H./ BISHOPP, D./MOUSSALLI, S./TAPP, J., 2008.

para entablar amistad, un escaso vínculo familiar y admiran a sus entrenadores como modelo de conducta y figura paterna. Esta autora considera que la víctima puede soportar una relación abusiva con el entrenador durante años, incluso después de haberse dado cuenta de que está mal, cayendo en un círculo de dependencia y culpabilidad. Los adolescentes que se encuentran en la fase de logros inminentes en su carrera deportiva corren un riesgo adicional porque son los que más se juegan y más tienen que demostrar a sus entrenadores, en comparación con sus compañeros que ya hayan conseguido.

Otras víctimas potencialmente más vulnerables en un contexto deportivo serían los niños que han sufrido malos tratos a manos de sus familias o cuidadores, las personas que se sienten atraídas por su propio sexo, los deportistas de élite y los discapacitados³⁶.

2. Consecuencias del abuso

La Comisión Médica del Comité Olímpico Internacional³⁷, en la declaración de consenso realizada en el año 2006 sobre los abusos sexuales, afirma que «la investigación demuestra que los abusos sexuales en el deporte pueden afectar de forma grave y negativa a la salud física y psicológica del atleta, dando lugar a una reducción del rendimiento y provocando la marginación del deportista. La información clínica indica que las enfermedades psicosomáticas, la ansiedad, la depresión, el abuso de sustancias, las autolesiones y los suicidios son algunas de las graves consecuencias para la salud»

El Consejo Superior de Deportes, en su Guía de detección del abuso sexual infantil en el ámbito del deporte para profesionales, enumera una serie de síntomas psicosomáticos, físicos, sociales, conductuales, sexuales, emocionales... que pueden presentar los niños, niñas y adolescentes como indicadores de posibles abusos sexuales, y que nos informa, a su vez, de las posibles consecuencias en la víctima de forma exhaustiva³⁸.

Por otro lado, en las narrativas realizadas por víctimas del abuso para el proyecto VOICE³⁹, muchas personas ponen de manifiesto el impacto que la violencia sexual ha tenido en sus vidas. En varios casos, los niños y niñas deportistas abandonaron la práctica de ese deporte que, para muchos, es «su vida». La

³⁶ NUALART BARBA, B./MARTIN HORCAJO, M./ JUNCÀ PUJOL, A./CHECA CORCOY, E./ANGUITA MORA, L., La violencia sexual en el deporte, 2020.

³⁷ COMITÉ OLÍMPICO INTERNACIONAL, 2008.

³⁸ CONSEJO SUPERIOR DE DEPORTES, El abuso sexual infantil queda fuera de juego, 2018.

³⁹ VOICE for truth and dignity. Projecte 2018.

mayoría comenta que han necesitado terapias psicológicas o psiquiátricas de apoyo por problemas de salud mental. Otras víctimas hablan de comportamientos autodestructivos como autolesiones o consumo de sustancias tóxicas.

VIII. CÓMO PREVENIR LAS AGRESIONES SEXUALES EN EL DEPORTE

Como se puede observar a través de los distintos estudios recogidos en este trabajo, el contexto deportivo presenta una serie de características que pueden favorecer este tipo de delitos. Para ello es necesario que sean entornos abiertos y transparentes que estén respaldados y guiados por normas y códigos de comportamiento claros.

Un elemento central de este esfuerzo debe ser la incorporación de los derechos de los niños en el deporte y la creación de entornos deportivos que valoren a los niños por sí mismos y no simplemente por lo que podrían llegar a ser.

Los clubes y federaciones deportivas deben estar atentos a las señales que permitan detectar los posibles abusos con anticipación. En este sentido, el COI recomienda a todas las organizaciones deportivas desarrollar políticas y procedimientos para prevenir el acoso y el abuso sexuales. Controlar su implementación y hacer un seguimiento del impacto producido. También considera importante desarrollar un programa de educación y formación sobre acoso y abuso sexuales en su(s) deporte(s)⁴⁰.

En España, tanto el Consejo superior de Deportes junto con UNICEF, como las Consejerías de deportes de varias Comunidades Autónomas, federaciones deportivas... han elaborado guías de procedimiento para sensibilizar a entrenadores, médicos, preparadores físicos, directivos, etc.⁴¹.

IX. DEDICATORIA

Este trabajo pretende ante todo ser una pequeña contribución de una no jurista al merecido homenaje a un gran jurista, al prestigioso penalista Javier de Vicente Remesal. Su amistad y cercanía han sido constantes para mí durante casi toda una vida y espero que lo sigan siendo en el futuro. Querido Javier, te deseo muchos años más de felicidad en todos los aspectos de tu vida.

⁴⁰ COMITÉ OLÍMPICO INTERNACIONAL, 2008.

⁴¹ CONSEJO SUPERIOR DE DEPORTES, 2018; NUALART BARBA, B./MARTIN HORCAJO, M./JUNCÀ PUJOL, A./CHECA CORCOY, E./ANGUITA MORA, L., La violencia sexual en el deporte, 2020.

El Prof. Dr. Dr. h. c. Javier de Vicente Remesal es un prestigioso penalista que se ha dedicado en exclusiva a la Universidad en su desempeño profesional desde hace casi cincuenta años. Su formación y trayectoria académica están estrechamente vinculadas al Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña, de quien es su discípulo más antiguo, y, a través de él, también a su maestro alemán, el extraordinario penalista Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Claus Roxin. En su trayectoria académica ha sido profesor en las Universidades de Salamanca, León y Vigo. En esta última ejerce como Catedrático de Derecho Penal desde 1993 y ha formado su propia escuela, habiendo desempeñado en esa universidad, entre otros, el cargo de Vicerrector de Profesorado, y permanecerá en ella como Profesor Emérito los próximos años.

Su obra científica ha sido prolífica, destacando sus aportaciones en los muy diversos temas de Derecho penal, tanto de la parte general como de la parte especial, que ha abordado siempre con rigor y profundidad. A lo largo de su carrera ha realizado estancias de investigación en las Universidades de Múnich y de Colonia (Alemania), y en la Católica de Lovaina (Bélgica); ha sido profesor y ponente invitado en diversas universidades e instituciones iberoamericanas de Colombia, Nicaragua, Argentina, Ecuador y Perú. Y su proyección internacional se refuerza en la intensísima y constante actividad y relaciones internacionales a través de la Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP), de la que es Presidente desde su creación en 2008, y en la que su maestro, Diego-Manuel Luzón Peña, es Presidente de Honor.

En el presente Libro Homenaje se recogen más de un centenar de contribuciones de destacados juristas que rinden tributo al Prof. de Vicente Remesal, en su mayor parte penalistas, aunque también especialistas de otras disciplinas jurídicas y no jurídicas de diversos países europeos e iberoamericanos. Las aportaciones versan sobre casi todos los temas de Derecho penal, ciencias penales y ramas conexas, si bien predominan con mucho las aportaciones sobre teoría general del delito y sobre los diversos delitos de la parte especial. La calidad científica de los trabajos recogidos, la riqueza y abundancia de los temas tratados, y las muestras de afecto y admiración al homenajeado convierten a este libro en una obra original y excelente. Las ventajas que proporciona la editorial BOE contribuirán a la amplia difusión de una obra única que, a buen seguro, los lectores sabrán apreciar.